

Discussion Paper No. 18-026

**Bausteine für einen
sektorenübergreifenden
institutionellen Ordnungsrahmen
für die Digitale Wirtschaft**

Thomas Fetzer

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Centre for European
Economic Research

Discussion Paper No. 18-026

**Bausteine für einen
sektorenübergreifenden
institutionellen Ordnungsrahmen
für die Digitale Wirtschaft**

Thomas Fetzer

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp18026.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von
neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung
der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other
economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely
responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

Impulsstudie

**„Bausteine für einen sektorenübergreifenden institutionellen
Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft“**

Prof. Dr. Thomas Fetzer

Universität Mannheim und Mannheim Centre for Competition and Innovation (MaCCI)

im Rahmen der
Studienreihe
Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft
im Auftrag des
Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

Prof. Dr. Thomas Fetzer, Universität Mannheim und MaCCI

Prof. Dr. Heike Schweitzer, FU Berlin

Prof. Dr. Martin Peitz, Universität Mannheim und MaCCI

Dezember 2017

Executive Summary

Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft verfügen über immense gesamtwirtschaftliche Wachstumspotenziale. Sie sind gleichwohl keine Selbstläufer. Ihnen sind erhebliche externe Effekte immanent, die dazu führen, dass der individuelle Nutzen von Digitalisierung und Vernetzung oftmals hinter den entsprechenden individuellen Kosten zurückbleibt. Auch wenn Wettbewerb der zentrale Treiber einer erfolgreichen Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft ist, kann daher eine staatliche Begleitung einen essentiellen Beitrag dazu leisten, die gesamtwirtschaftlichen Wachstumspotenziale möglichst umfassend zu realisieren. Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft verlangen insofern nicht nur nach einer Überprüfung des materiellen Ordnungsrahmens, sondern schaffen Herausforderungen gerade auch für den institutionellen Ordnungsrahmen.

Die bestehenden Institutionen, insbesondere die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt haben bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft wichtige Funktionen. Eine erfolgreiche staatliche Begleitung bringt aber auch eine Reihe neuer Aufgaben mit sich, die die Errichtung einer neuen Institution – einer Digitalagentur – rechtfertigen.

Die Errichtung einer Digitalagentur und eine stärkere Koordination der Digitalpolitik auf Kabinettssebene der Bundesregierung stehen dabei in keinem Ausschließlichkeitsverhältnis, sondern sind komplementär zueinander.

Eine Digitalagentur könnte erstens die Aufgabe erhalten, die Nachfrage nach hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen durch eigene Informations- und Fördermaßnahmen sowie durch eine stärkere Koordination bestehender Programme zu stärken. Zweitens sollte die Behörde über alle Wirtschaftsbereiche hinweg Informations- und Förderprogramme ins Leben rufen und bestehende Initiativen koordinieren, um eine möglichst effiziente und effektive Digitalisierung und Vernetzung der gesamten Wirtschaft zu unterstützen. Drittens könnte die Behörde die Einrichtung und Überwachung von Digitalexperimentierräumen übernehmen, mit denen befristet und möglicherweise räumlich begrenzt Freiräume für innovative Produkte und Geschäftsmodelle eröffnet werden. Viertens käme der Digitalagentur die Aufgabe zu, durch exzellente Vorfeldforschung die Grundlagen für eine evidenzbasierte Digitalpolitik der Bundesregierung sowie für die Evaluation von Regulierungs- und Fördermaßnahmen zu legen. Fünftens könnte die Behörde im Falle festgestellter Rechtsdurchsetzungsdefizite im Internet, beispielsweise im Verbraucherschutz, Durchsetzungsbefugnisse erhalten, mit denen sie auch kurzfristig auf mögliche Fehlentwicklungen reagieren kann.

Eine Digitalagentur könnte als selbstständige Bundesoberbehörde im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie errichtet werden. Soweit der Digitalagentur wettbewerbs- oder Verbraucherschutzrechtliche Eingriffsbefugnisse übertragen werden sollen, muss die Komplementarität zu den Aufgaben und Befugnissen

von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur nicht nur materiell, sondern auch verfahrensrechtlich sichergestellt werden.

A Einleitung	6
I. Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft	6
II. Bedeutung eines sektorenübergreifenden institutionellen Ordnungsrahmens für die Digitale Wirtschaft	6
1. Herausforderungen von Digitalisierung und Vernetzung für den institutionellen Ordnungsrahmen	6
2. Anforderungen an einen institutionellen Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft	7
B Bausteine für einen sektorenübergreifenden institutionellen Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft	11
I. Rolle bestehender Institutionen bei der Digitalisierung und der Vernetzung der Wirtschaft	11
1. Bundesnetzagentur	11
a) Infrastrukturregulierung	11
b) Gleichheitsgerechte Wettbewerbsbedingungen	14
c) Verbraucherschutz	15
d) Zwischenergebnis	15
2. Bundeskartellamt	16
a) Wettbewerbsschutz	16
b) Verbraucherschutz	17
c) Zwischenergebnis	17
3. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik	18
II. Neue Aufgaben durch die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft	18
1. Breitbandausbau	19
a) Nachfragestimulation	19
b) Koordination staatlicher Ausbauförderung	21
2. Sektorenübergreifende Information und Koordination	22
3. Monitoring und Koordination von Digitaalexperimentierräumen	23
4. Empirie und Analyse von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft	25
5. Rechtsdurchsetzung	29
6. Zwischenergebnis	30
III. Neue institutionelle Elemente in Form einer Digitalagentur	30
1. Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse bestehender Institutionen?	30
2. Mögliche Vorbilder für eine Digitalagentur	31
a) Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung	32
aa) Organisatorische Ausgestaltung	32
bb) Aufgaben	33
cc) Kompetenzen	34
dd) Bewertung	34
b) Umweltbundesamt	35
aa) Organisatorische Ausgestaltung	35
bb) Aufgaben	35

cc) Kompetenzen.....	36
dd) Bewertung.....	36
c) Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung	36
aa) Organisatorische Ausgestaltung	36
bb) Aufgaben.....	37
cc) Kompetenzen.....	37
dd) Bewertung.....	37
d) Deutsche Energie-Agentur	38
aa) Organisatorische Ausgestaltung	38
bb) Aufgaben.....	38
cc) Kompetenzen.....	38
dd) Bewertung.....	38
3. Regelungsbedarf für die Errichtung einer Digitalagentur	39
a) Errichtungskompetenz	39
aa) Fakultative Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 GG	39
bb) Zwischenergebnis.....	41
b) Organisatorische Ausgestaltung.....	41
aa) Selbstständige Bundesoberbehörde.....	41
bb) Körperschaft des Öffentlichen Rechts	42
cc) Anstalt des Öffentlichen Rechts.....	43
dd) Zwischenergebnis.....	44
c) Aufgabenzuweisung	44
aa) Förderung der Breitbandnachfrage und Förderkoordination des Ausbaus	44
bb) Sektorenübergreifende Information und Koordination von Digitalisierungsprogrammen ..	45
cc) Monitoring und Koordination von Digitaexperimentierräumen	45
dd) Empirie und Analyse von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft	45
ee) Rechtsdurchsetzung.....	46
d) Kompetenzen.....	46
aa) Datenerhebung und -verarbeitung.....	46
bb) Einheitlicher Ansprechpartner für Digitaexperimentierräume	46
cc) Berichtswesen.....	47
dd) Eingriffsbefugnisse.....	47
e) Koordination mit bestehenden Institutionen	48
C Zusammenfassung.....	49

A Einleitung

I. Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft

Der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) initiierte Fachdialog Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft soll staatlichen Handlungsbedarf und Handlungsoptionen für die Etablierung eines kohärenten Ordnungsrahmens aufzeigen, der Wirtschaft und Gesellschaft einerseits die Ausschöpfung der erheblichen Innovations- und Wachstumspotenziale von Digitalisierung und Vernetzung ermöglicht, andererseits aber deren potenziell negative Folgen so weit wie möglich minimiert. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung wird im Rahmen des Fachdialogs für ausgewählte Themenkomplexe zum einen untersucht, inwieweit die voranschreitende Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft Anpassungsbedarf beim existierenden Ordnungsrahmen hervorrufen. Zum anderen soll analysiert werden, inwieweit Digitalisierung und Vernetzung einen Bedarf nach neuen Regelungen bzw. Regelungsmodellen schaffen.

II. Bedeutung eines sektorenübergreifenden institutionellen Ordnungsrahmens für die Digitale Wirtschaft

Während sich die bisherigen Impulsstudien des Fachdialogs vorrangig mit Fragen des materiellen Ordnungsrahmens beschäftigt haben,¹ soll diese Impulsstudie den möglichen institutionellen Handlungsbedarf adressieren, der durch die Digitalisierung und die Vernetzung der Wirtschaft ausgelöst wird, sowie staatliche Handlungsoptionen aufzeigen.

1. Herausforderungen von Digitalisierung und Vernetzung für den institutionellen Ordnungsrahmen

Einerseits werden Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft immense Wachstums- und Innovationspotenziale für die gesamte Wirtschaft zugeschrieben. Allein im Bereich der industriellen Produktion wird durch Industrie 4.0 ein Wachstumspotenzial von 200 bis 425 Milliarden Euro bis 2025 erwartet.² Bezogen auf die gesamte Wirtschaft wird teilweise damit gerechnet, dass allein Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft ein zusätzliches Wirtschaftswachstum von 2,5% jährlich generieren können.³ Andererseits ist festzustellen,

¹ Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016; Fetzer, Telekommunikationsregulierung 4.0, 2017; Schweitzer/Peitz, Datenmärkte, 2017. Eine Ausnahme bildet insoweit die Studie Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, die einen Überblick über den Stand der Forschung sowie aktuelle Digitalisierungsdebatten gibt.

² BMWi, Industrie 4.0 und Digitale Wirtschaft – Impulse für Wachstum, Beschäftigung und Innovation, 2015, S. 4.

³ Accenture, Digital Disruption – The Growth Multiplier, 2016, S. 7.

dass Deutschland bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft im internationalen Vergleich allenfalls im Mittelfeld zu finden ist.⁴

Sucht man nach den Ursachen für das durchschnittliche Abschneiden Deutschlands bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft, so wird teilweise die nicht flächendeckende Verfügbarkeit von hochgeschwindigkeitsfähigen Breitbandanschlüssen als Haupthemmnis genannt.⁵ Teilweise wird darauf verwiesen, dass insbesondere in klein- und mittelständischen Unternehmen, die einen signifikanten Anteil an der Wirtschaftsleistung Deutschlands haben, das Interesse an Digitalisierung und Vernetzung noch zu gering ist, weil es entweder am Bewusstsein der strategischen Bedeutung der Digitalisierung für das eigene Geschäftsmodell fehlt oder nicht ausreichend Ressourcen vorhanden sind, um die Herausforderungen von Digitalisierung und Vernetzung zu meistern.⁶ Insbesondere für die langsame Digitalisierung und Vernetzung klein- und mittelständischer Unternehmen wird als eine Ursache die fehlende Information über Digitalisierungs- und Vernetzungspotenziale sowie die mangelnde Koordination staatlicher Fördermöglichkeiten ins Feld geführt.⁷ Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft sind also trotz der immensen Wachstumspotenziale keine Selbstläufer. Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft weisen vielmehr offensichtlich erhebliche externe Effekte auf, die dazu führen, dass die Kosten von Digitalisierung und Vernetzung für den Einzelnen nicht immer seinem individuellen Nutzen entsprechen. Zugleich aber sind Digitalisierung und Vernetzung für die gesamte Wirtschaft erfolgskritisch im internationalen Vergleich. Paradigmatisch hierfür ist der Breitbandausbau: Obwohl ein breiter Konsens über die gesamtwohlfahrtssteigernden Effekte flächendeckender Breitbandnetze besteht,⁸ ist die individuelle Zahlungsbereitschaft für Hochgeschwindigkeitsnetzzugänge oftmals gering.⁹ Selbst wenn Wettbewerb daher ein zentraler Treiber für die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft ist, sind flankierende staatliche Maßnahmen für eine erfolgreiche Gestaltung von Digitalisierung und Vernetzung sowie für die Nutzung der damit verbundenen gesamtwirtschaftlichen Wachstumspotenziale unerlässlich.

2. Anforderungen an einen institutionellen Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft

Dies wirft zwangsläufig die Frage auf, durch wen staatliche Maßnahmen umgesetzt werden können, um die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft erfolgreich zu begleiten. Wer

⁴ *Acatech*, Innovationsindikator 2017 – Schwerpunkt Digitale Transformation, 2017, S. 35.

⁵ *Acatech*, Innovationsindikator 2017 – Schwerpunkt Digitale Transformation, 2017, S. 41.

⁶ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 148; *Acatech*, Innovationsindikator 2017 – Schwerpunkt Digitale Transformation, 2017, S. 39.

⁷ *ZVEI*, Die Elektroindustrie als Leitbranche der Digitalisierung, 2016, S. 7.

⁸ Vgl. jüngst nur *Acatech*, Innovationsindikator 2017 – Schwerpunkt Digitale Transformation, 2017, S. 41.

⁹ *BNetzA*, *Wie viel wären Sie bereit, für eine größere Bandbreite (mehr als 16.000 Kbit/s) zusätzlich zu zahlen?*, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/175623/umfrage/zahlungsbereitschaft-fuer-zusaetzliche-bandbreite/> (letzter Besuch 19. November 2017).

soll beispielsweise die Nachfrage nach hochleistungsfähigen Breitbandanschlüssen fördern oder klein- und mittelständischen Unternehmen über Digitalisierungsmöglichkeiten aufklären und sie unterstützen? Die Beantwortung dieser Frage ist angesichts der ungemeinen Entwicklungsdynamik von höchster Dringlichkeit. Diese Dynamik zeigt sich beispielhaft in ganz verschiedenen Entwicklungen: Das erste *iPhone*, mit dem der Wandel zur mobilen Plattform- und insbesondere zur Appökonomie eingeleitet worden ist, ist im Jahr 2007 auf den Markt gebracht worden und kaum 10 Jahre später stehen für das *iPhone* im *Apple Appstore* aktuell rund 2,2 Millionen Apps zur Verfügung.¹⁰ *Facebook* wurde im Jahr 2004 gegründet und hat es in den weniger als 15 Jahren seiner Existenz auf eine Zahl von mehr als 2 Milliarden aktiver Nutzer weltweit gebracht.¹¹ Die vier Unternehmen mit der weltweit höchsten Marktkapitalisierung sind derzeit amerikanische Internetunternehmen.¹² Ihre Marktkapitalisierung ist höher als die aller DAX30-Unternehmen zusammen.¹³ Die ungeheure Entwicklungsdynamik der Digitalisierung zeigt sich aber nicht nur daran, dass digitale Geschäftsmodelle und Unternehmen mit immenser Geschwindigkeit entstehen und wirtschaftliche Größe erreichen, sondern auch daran, dass sie teilweise traditionelle Geschäftsmodelle und ihre Anbieter innerhalb kürzester Zeit marginalisieren und selbst digitale Anbieter in kurzen Abständen am Markt auftreten und wieder verschwinden. Paradigmatisch für die erste Entwicklung dürfte der Bedeutungsverlust der SMS im Vergleich zu Messagingdiensten wie WhatsApp sein.¹⁴ Ein Beispiel für das zweite Phänomen ist der rapide Absturz von StudiVZ, das als ein führendes soziales Netzwerk im Jahr 2010 in Deutschland noch 6,1 Millionen aktive Nutzer hatte und inzwischen völlig vom Markt verschwunden ist.¹⁵

Digitalisierung und Vernetzung weisen aber nicht nur eine hohe Entwicklungsdynamik auf, sie Durchdringen auch allumfassend alle Wirtschaftsbereiche. Wie die ehemalige Vorstandsvorsitzende von Hewlett-Packard *Carly Fiorina* schon 2000 sagte: „Alles was digitalisiert werden kann, wird digitalisiert werden.“¹⁶ Ergänzt werden kann dies inzwischen

¹⁰ *AppBrain & TechCrunch*, Anzahl der angebotenen Apps in den Top App-Stores bis Oktober 2017, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/208599/umfrage/anzahl-der-apps-in-den-top-app-stores/> (letzter Besuch 2. Dezember 2017).

¹¹ *Facebook*, Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 3. Quartal 2008 bis zum 3. Quartal 2017 (in Millionen), Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/> (letzter Besuch 2. Dezember 2017).

¹² Alphabet, Apple, Facebook, Amazon, vgl. *Forbes*, *Größte Unternehmen der Welt nach ihrem Marktwert im Jahr 2017* (in Milliarden US-Dollar; Stand: 07. April), Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/12108/umfrage/top-unternehmen-der-welt-nach-marktwert/> (letzter Besuch 2. Dezember 2017).

¹³ *boerse.de*, Marktkapitalisierung der DAX-Unternehmen in Deutschland (Stand: Oktober 2017; in Millionen Euro), Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/322374/umfrage/die-groessten-deutschen-dax-unternehmen-nach-marktkapitalisierung/> (letzter Besuch 2. Dezember 2017).

¹⁴ *BNetzA*, Jahresbericht 2016, S. 58.

¹⁵ *Website (basicthinking.de)*, Entwicklung der Nutzerzahlen von studiVZ, meinVZ und schülerVZ nach Quartalen in den Jahren 2007 bis 2010 (in Millionen), Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/164681/umfrage/entwicklung-der-nutzerzahlen-der-vz-netzwerke-seit-2007/> (letzter Besuch 2. Dezember 2017).

¹⁶ Abrufbar unter: http://www.hp.com/hpinfo/execteam/speeches/fiorina/ceo_ctea_00.html.

mit Sicherheit um die Aussage „Alles was vernetzt werden kann, wird vernetzt werden.“ So gehen derzeit Schätzungen von *Gartner* davon aus, dass schon im Jahr 2020 mehr als 20 Milliarden Geräte weltweit vernetzt sein werden; davon rund 7 Milliarden Geräte im unternehmerischen – unternehmensinternen sowie B2B – Bereich.¹⁷

Vor dem Hintergrund dieser weitreichenden und mit hoher Geschwindigkeit vorstattengehenden Veränderungen durch die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft muss deren staatliche Begleitung in der Lage sein, auf Grundlage fundierten Wissens schnell auch neue Phänomene untersuchen und bewerten zu können, um dann ggf. entsprechend handeln zu können, wenn Fehlentwicklungen erkennbar bzw. aufgrund der skizzierten externen Effekte Wachstumspotenziale nicht umfassend genutzt werden. Es bedarf also eines institutionellen Arrangements, das dem allumfassenden Charakter, der Vielfalt und der Entwicklungsdynamik der Digitalisierung gewachsen ist. Ein zentrales Ziel muss dabei die Etablierung eines kohärenten Systems sein, mit dem die aus der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft folgenden Herausforderungen angemessen bewältigt werden können. Kohärenz ist im Rahmen der institutionellen Ausgestaltung besonders in zweierlei Hinsicht sicherzustellen:

Zum einen existieren bereits staatliche Institutionen, deren Tätigkeit sich einerseits durch die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft wandelt und die andererseits für die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft von erheblicher Bedeutung sind. Zu denken ist insbesondere an die Bundesnetzagentur (BNetzA), das Bundeskartellamt (BKartA), aber auch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI). Hier muss sichergestellt werden, dass die Tätigkeitsbereiche und Kompetenzen bestehender Institutionen und möglicher neuer Einrichtungen aufeinander abgestimmt werden, um Kompetenzkonflikte sowie ineffiziente Kompetenzlücken oder Doppelregulierung zu vermeiden.

Zum anderen muss die institutionelle Ausgestaltung des Ordnungsrahmens Kohärenz auch im Hinblick darauf sicherstellen, dass Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft über die klassischen Sektorengrenzen der IKT-Branche hinaus die gesamte Wirtschaft erfassen.¹⁸ Klassische IKT-Branche und Anwenderbranchen rücken enger zusammen,¹⁹ so dass ein institutioneller Rahmen für die Digitale Wirtschaft nicht nur die Digitalisierung und Vernetzung im engeren Sinn im Blick haben muss, sondern über die Sektorengrenzen hinaus Kohärenz gewährleisten muss.

¹⁷ *Gartner*, Prognose zur Anzahl der vernetzten Geräte im Internet der Dinge (IoT) weltweit in den Jahren 2016 bis 2020 (in Millionen Einheiten), Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/537093/umfrage/anzahl-der-vernetzten-geraete-im-internet-der-dinge-iot-weltweit/> (letzter Besuch 2. Dezember 2017).

¹⁸ Vgl. dazu z.B. *BMW*, Industrie 4.0 – Volks- und betriebswirtschaftliche Faktoren für den Standort Deutschland, 2015.

¹⁹ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 4. Vgl. dazu auch *BNetzA*, Digitale Transformation in den Netzsektoren, 2017.

Die Frage nach der kohärenten Ausgestaltung des institutionellen Ordnungsrahmens ist dabei nicht identisch mit der Diskussion um die Notwendigkeit der Einrichtung eines „Digitalministeriums“ bzw. einer stärkeren Koordination der Digitalisierungspolitik auf Kabinettssebene.²⁰ Beide Debatten sind miteinander verwoben, adressieren aber unterschiedliche Problemlagen. Während die Debatte um ein „Digitalministerium“ oder Ähnliches vorrangig die Notwendigkeit einer Koordination von Digitalisierungspolitik zum Gegenstand hat, steht im Fokus der vorliegenden Studie die Frage nach der institutionellen Zuordnung administrativer und gesetzvollziehender (exekutiver) Tätigkeiten. Selbst wenn sich exekutive und politische Dimension der Verwaltung nicht immer trennscharf voneinander unterscheiden lassen,²¹ stehen eine mögliche stärkere politische Koordination der Digitalpolitik einerseits und die Einrichtung einer administrativ-exekutiven Einrichtung andererseits daher nicht in einem Exklusivitätsverhältnis, sondern sind in einem Komplementaritätsverhältnis zu denken und zu lösen.

Diese Impulsstudie wird in einem ersten Schritt einen Überblick geben, welche Rolle ausgewählte bestehende Institutionen bei der Begleitung von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft haben (B I.). Im Anschluss daran soll untersucht werden, welche Herausforderungen Digitalisierung und Vernetzung jenseits der Aufgaben und Kompetenzen der bestehenden Institutionen bereiten und die daher die Schaffung eines neuen institutionellen Arrangements erforderlich machen (B II.). Die Impulsstudie knüpft dabei insbesondere an die im Weißbuch Digitale Plattformen des BMWi vorgeschlagene Einrichtung einer Digitalagentur an.²² Für sie soll untersucht werden, welche Aufgaben sie übernehmen könnte (B III. 3. c)), wie eine solche Einrichtung aufgebaut sein könnte (B III. 3. b)), welche Kompetenzen sie eingeräumt bekommen sollte und welche gesetzlichen Grundlagen hierfür erforderlich wären (B III. 3. d)).

In die Impulsstudie sind auch Diskussion und Ergebnisse des Workshops „Sektorenübergreifender Handlungsbedarf und -optionen“ am 5. Oktober 2017 im BMWi in Berlin eingeflossen. Der Workshop hat sich zum einen mit den bisherigen Ergebnissen des Fachdialogs Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft und zum anderen mit den sektorenübergreifenden institutionellen Aspekten eines solchen Ordnungsrahmens und den damit verbundenen Herausforderungen für die 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages beschäftigt. An dem Workshop haben rund 110 Vertreterinnen und Vertreter aus Wirtschaft, Verwaltung, Politik, Wissenschaft und Gesellschaft teilgenommen.

²⁰ Vgl. dazu Handelsblatt v. 5.9.2017 „Deutsche wollen ein Internet-Ministerium“; FAZ v. 5.9.2017 „Alleingänge sind aussichtslos“. FDP, Wahlprogramm zur Bundestagswahl, S. 143 „Digitalministerium“; CDU/CSU, Regierungsprogramm 2017-2021, S. 43 „Staatsminister für Digitalpolitik“;

²¹ Vgl. zu den Abgrenzungsschwierigkeiten von Exekutive und politischer Regierung M. Schröder, Die Bereiche der Regierung und Verwaltung, in: Handbuch des Staatsrechts Band V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 30.

²² BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 97 ff.

B Bausteine für einen sektorenübergreifenden institutionellen Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft

I. Rolle bestehender Institutionen bei der Digitalisierung und der Vernetzung der Wirtschaft

Nicht nur verändern Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft die Tätigkeit bestehender Institutionen, sondern haben bestehende Institutionen ihrerseits einen Einfluss auf die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft. Eine besondere Rolle – und daher näher in den Blick zu nehmen – spielen dabei die BNetzA, das BKartA und das BSI. Während die beiden erstgenannten Behörden vorrangig wettbewerbliche sowie partiell Verbraucherschützende Implikationen von Digitalisierung und Vernetzung zu bewerkstelligen haben, ist das BSI für die zunehmend bedeutsame Frage der IT-Sicherheit zuständig.²³

1. Bundesnetzagentur

Die BNetzA nimmt bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft in mehrfacher Hinsicht eine bedeutsame Stellung ein. Drei Bereiche sind hierbei besonders hervorzuheben: Erstens ist die Behörde traditionell zuständig für die Regulierung von Telekommunikationsnetzen und damit für die zentrale Infrastruktur von Digitalisierung und Vernetzung (dazu a)). Zweitens entstehen durch so genannte Over-The-Top-Dienste, die zu klassischen Telekommunikationsdiensten in Konkurrenz treten, deren Regulierung ebenfalls in den Zuständigkeitsbereich der BNetzA fällt, neue Wettbewerbsverhältnisse, die es für die Behörde zu berücksichtigen gilt (dazu b)). Drittens ist die Behörde im Rahmen ihrer telekommunikationskundenschutzrechtlichen Zuständigkeit im Bereich des hoheitlichen Verbraucherschutzes tätig (dazu c)).

Die BNetzA hat den sich aus der Digitalisierung folgenden Herausforderungen für diese Aufgaben materiell und organisatorisch unter anderem durch die Schaffung eines „Aufbaustab Digitalisierung/Vernetzung und Internetplattformen“ Rechnung getragen, der insbesondere Informationen über digitale Geschäftsmodelle und Anbieter aufbereiten und so Handlungsoptionen analysieren soll.²⁴

a) Infrastrukturregulierung

Flächendeckende Breitbandnetze sind die grundlegende Infrastruktur für die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft.²⁵ Eine der zentralen Herausforderungen für die kommenden Jahre ist daher der Aufbau flächendeckender Breitbandinfrastrukturen. Hier hat Deutschland

²³ Dazu Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 156.

²⁴ BNetzA, VerNETZt 1/2016, S. 9.

²⁵ Monopolkommission, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen!, Sondergutachten 78, 2017, Tz. 91 f.

– jedenfalls in der Fläche – noch einen erheblichen Weg vor sich, auch wenn der Breitbandausbau in den vergangenen Jahren deutliche Fortschritt gemacht hat.²⁶ Zwar gab es Ende 2016 bereits rund 32 Millionen Breitbandanschlüsse, von denen der größte Teil auf DSL beruhte, gefolgt von Kabelnetzen (7, 2 Millionen Anschlüsse) und einem geringen Anteil von rund 0,6 Millionen FTTB-/FTTH-Anschlüssen.²⁷ Nur 3,6 Millionen dieser Anschlüsse boten dabei aber eine Downlink-Bandbreite von mehr als 100 Mbit/s. Die ganz überwiegende Anzahl der vorhandenen Breitbandanschlüsse bietet einen Downlink zwischen 10 - 100 Mbit/s.²⁸ Damit ist Deutschland noch weit entfernt vom Ziel flächendeckender Gigabit-Netze, wie es das BMWi in der *Digitalen Strategie 2025* sowie in der *Saarbrücker Erklärung* zum Ausbau von Gigabit-Netzen formuliert hat.²⁹

In vergleichbarer Weise ist das Ziel von hochleistungsfähigen Netzen auch im Kodexentwurf der Europäischen Kommission für einen neuen Telekommunikationsrechtsrahmen enthalten,³⁰ der insofern den Ausbau von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ als neues Regulierungsziel vorgibt.³¹ Ein „Netz mit sehr hoher Kapazität“ ist dabei gemäß Art. 2 Nr. 1 Kodexentwurf: „ein elektronisches Kommunikationsnetz, das entweder komplett aus Glasfaserkomponenten zumindest bis zum Verteilerpunkt am Ort der Nutzung besteht, oder das zu üblichen Spitzenlastzeiten eine ähnliche Netzleistung in Bezug auf die verfügbare Down- und Uplink-Bandbreite, Störfestigkeit, Fehlerparameter, Latenz und Latenzschwankung bieten kann.“ Der Kodexentwurf verzichtet für die Definition des Ausbauziels auf spezifische Bandbreitenvorgaben. Vielmehr werden künftig Bandbreiten einer bestimmten Technologie – Glasfasernetze – zum Referenzmaßstab. Der Kodex ist dabei allerdings wie auch der geltende Rechtsrahmen technologieneutral ausgestaltet:³² Auch nicht FTTB-/FTTH-Netze sind „Netze mit sehr hoher Kapazität“, sofern sie vergleichbare Leistungsparameter wie Glasfasernetze erreichen. Bedeutsam kann dies etwa für Kabelnetze oder 5G-Mobilfunknetze sein.

Der Breitbandausbau erfordert erhebliche private Investitionen.³³ Einer der wesentlichen Parameter für diese Infrastrukturinvestitionen ist die Telekommunikationsnetzregulierung durch die BNetzA. Diese sektorspezifische Regulierung beeinflusst zum einen die

²⁶ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 16 ff.

²⁷ BNetzA, Jahresbericht 2016, S. 50.

²⁸ BNetzA, Jahresbericht 2016, S. 51.

²⁹ BMWi, Saarbrücker Erklärung zum Nationalen IT-Gipfel 2016, S. 4 „Kapitel II – Gigabit-Gesellschaft entschlossen vorantreiben“. BMWi, Digitale Strategie 2025, S. 12 ff. „Ein Gigabit-Glasfasernetz für Deutschland bis 2025 aufbauen“.

³⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, COM(2016) 590 final/2 v. 12.10.2016, mit dem die Fassung v. 14.9.2016, COM(2016) 590 final berichtigt wird (in der Folge „Kodexentwurf“).

³¹ Dazu sowie zum Folgenden Fetzer, Telekommunikationsregulierung 4.0, Studie im Rahmen des Fachdialogs Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2017.

³² Kodexentwurf, Erwägungsgrund 13.

³³ Von bis zu 100 Milliarden für flächendeckende FTTH-Netze geht BMWi, Digitale Strategie 2025, 2016, S. 14 aus.

Renditeerwartung von Investoren unmittelbar.³⁴ Relevant ist hierfür vorrangig die Marktregulierung und dabei insbesondere die Netzzugangs- und die damit verbundene Vorleistungsentgeltregulierung. Netzzugangsrechte und Vorleistungsentgelte haben einen wesentlichen Einfluss auf die Investitionsbereitschaft aller Marktteilnehmer – sie wirken sich also auf die dynamische Effizienz aus.³⁵ Zugleich ist ihre Ausgestaltung jedenfalls bei monopolistischen Infrastrukturmärkten mit einem vertikal integrierten Netzbetreiber von wesentlicher Bedeutung für die statische Effizienz, insbesondere in ihrer allokativen Dimension.³⁶ Daher steht die BNetzA hier vor der komplexen Herausforderung, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben durch ihre Regulierung einen Ausgleich zwischen statischer und dynamischer Effizienz herzustellen.³⁷ Die Frage, wie dies geschehen soll, ist zentraler Bestandteil der Reform des Telekommunikationsrechtsrahmens auf europäischer Ebene.³⁸ Die Behörde selbst hat ihrerseits einen Konsultationsprozess durchgeführt, der die Vorleistungsentgeltregulierung mit Blick auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasinfrastrukturen zum Gegenstand hat, um mögliche Lösungswege für das Spannungsverhältnis zwischen dynamischer und statischer Effizienz aufzuzeigen.³⁹

Neben dem unmittelbaren Einfluss auf die Renditeerwartung von Infrastrukturinvestoren im Rahmen der Marktregulierung hat die BNetzA zum anderen eine wichtige Rolle beim Breitbandausbau dadurch, dass sie als nationale Streitbeilegungsstelle für die Implementierung der Vorschriften der Kostensenkungsrichtlinie⁴⁰ bzw. des sie umsetzenden DigiNetzG mit verantwortlich ist.⁴¹ Ein signifikanter Anteil der Gesamtkosten des Breitbandausbaus sind die Verlegungskosten.⁴² Durch die Regelungen zur Mitverlegung bzw. Mitnutzung von Infrastrukturen in den §§ 77a ff. TKG sollen diese Kosten gesenkt werden, um die Rentabilität von Infrastrukturinvestitionen zu erhöhen. Jedenfalls mittelbar

³⁴ *Bertschek/Briglaue/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 50 ff. m.w.N.

³⁵ Dies gilt jedenfalls für asymmetrische Zugangsrechte, vgl. dazu aber auch zum Effekt symmetrischer Zugangsrechte *Bertschek/Briglaue/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 51 ff. m.w.N.

³⁶ Dazu die Nachweise bei *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, S. 345 ff. Vgl. ausführlich zum Zusammenhang zwischen Netzzugang und Investitionsanreizen die demnächst erscheinende Studie „Evaluierung der Wirksamkeit von Regulierung im TK-Sektor“ von *DIW ECON* und *DICE Consult* im Auftrag des BMWi, in der ein differenziertes Bild der Wirkungen sektorspezifischer TK-Regulierung auf Netzinvestitionen gezeichnet wird. Die dort durchgeführte empirisch-ökonomische Wirkungsanalyse der TAL-Entbündelung und des Bitstrom-Zugangs zeigen etwa, dass Regulierung auch einen positiven Effekt auf Investitionsanreize haben kann.

³⁷ Dazu m.w.N. *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, S. 349 ff.

³⁸ Vgl. die Kodexerwägungsgründe 3, 23, 27.

³⁹ *BNetzA*, Konsultationsdokument – Fragen der Entgeltregulierung bei FttH/B-basierten Vorleistungsprodukten mit Blick auf den Ausbau hochleistungsfähiger Glasfaserinfrastrukturen, 2017.

⁴⁰ Richtlinie 2014/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Maßnahmen zur Reduzierung der Kosten des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen für die elektronische Kommunikation, ABl. L 155 v. 23.5.2014, S. 1.

⁴¹ § 77n Abs. 4 TKG.

⁴² Dazu *WIK*, Studie – Treiber für den Ausbau hochbitratiger Infrastrukturen, 2016, S. 15.

beeinflusst die BNetzA damit auch durch ihre Funktion bei der Durchsetzung des DigiNetzG wichtige Investitionsparameter für den Breitbandausbau.

b) Gleichheitsgerechte Wettbewerbsbedingungen

Die BNetzA hat darüber hinaus bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft eine wichtige Rolle bei der Herstellung gleichheitsgerechter Wettbewerbsbedingungen im Dienstemarkt. Telekommunikationsdienste, die der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung unterliegen, sehen sich vermehrt funktionalen Substituten in Gestalt so genannter Over-The-Top-Dienste (OTT-Dienste) gegenüber.⁴³ Hier gilt es faire Wettbewerbsbedingungen im Sinne von gleichheitsgerechten, nicht wettbewerbsverzerrenden regulatorischen Rahmenbedingungen zu gewährleisten.⁴⁴ Ein Beispiel sind Messenger-Dienste wie WhatsApp, die in Konkurrenz zur klassischen Textnachricht treten, und VoIP-Dienste, die mit klassischen Sprachtelefondiensten konkurrieren. Während Telekommunikationsdienste der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung durch die BNetzA unterliegen, werden OTT-Dienste derzeit nicht zweifelsfrei von der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung erfasst.⁴⁵

Der Kodexentwurf der Europäischen Kommission adressiert diese potenzielle Ungleichbehandlung dadurch, dass er auch OTT-Dienste und deren Anbieter künftig in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung aufnehmen will, um dann im Einzelfall je nach Regelungsbereich die jeweiligen materiellen Regelungen ggf. auf OTT-Dienste für anwendbar zu erklären. Der BNetzA wird daher – in Abhängigkeit vom weiteren Kodexgesetzgebungsverfahren – künftig die Aufgabe zukommen, ggf. auch solche OTT-Dienste zu überwachen und zu regulieren. Nach dem Kodexentwurf kommt eine solche Regulierung im Bereich der Marktregulierung in Betracht, soweit durch Art. 59 Abs. 1 UAbs. 2 lit. c) Kodexentwurf den nationalen Regulierungsbehörden künftig die Möglichkeit eingeräumt werden soll, auch OTT-Dienste zur Interoperabilität zu verpflichten, sofern andernfalls der End-zu-End-Verbund oder der Zugang zu Notdiensten gefährdet wäre.

In gewisser Hinsicht muss die Behörde allerdings heute schon OTT-Dienste in Marktregulierungsverfahren hinsichtlich bestehender Telekommunikationsdienste bzw. -netze in ihre Erwägungen einbeziehen. Sofern sich OTT-Dienste nämlich als funktionales Substitut eines Telekommunikationsdienstes darstellen, sind ihre Wettbewerbswirkungen bei der Marktregulierung im Rahmen von Marktdefinition und Marktanalyse durch die Behörde zu berücksichtigen.⁴⁶ Sofern auf einem Endkundenmarkt keine Wettbewerbsprobleme festgestellt werden können, kann dann auch die entsprechende

⁴³ Dies bezieht sich auf so genannte OTT-0- bzw. OTT-1-Dienste nach der GEREK-Klassifikation, bei denen jedenfalls potenziell ein horizontales Wettbewerbsverhältnis mit elektronischen Kommunikationsdiensten besteht. *BEREC*, Report on OTT services, BoR (15) 142, S. 15 – 3.3.2.; S. 20 – 4.2.1.

⁴⁴ *Fetzer*, Telekommunikationsregulierung 4.0, 2017, S. 38 f.

⁴⁵ *Fetzer*, Telekommunikationsregulierung 4.0, 2017, S. 39.

⁴⁶ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 42.

Vorleistungsregulierung ggf. zurückgefahren werden, sofern der Wettbewerb selbsterhaltend ist.⁴⁷ Künftig soll dies nach Art. 65 Abs. 2 lit. b) Kodexentwurf bei der Frage der Regulierungsbedürftigkeit eines (Vorleistungs-) Marktes besonders zu berücksichtigen sein.

c) Verbraucherschutz

Neben den unmittelbar wettbewerbsbezogenen Funktionen übernimmt die BNetzA auch in einem spezifischen Bereich des Verbraucherschutzes, dem Telekommunikationskundenschutz, eine wichtige Rolle. Abweichend vom klassischen Verbraucherschutzsystem, das vorrangig auf die private Rechtsdurchsetzung setzt,⁴⁸ ist der Behörde durch das TKG die Aufgabe zugewiesen, bestimmte verbraucherschutzrechtliche Vorgaben ggf. auch hoheitlich durchzusetzen. Neben den Kundenschutzvorschriften der §§ 43a ff. TKG und den kundenschutzrechtlichen Nummerierungsvorschriften in §§ 66a TKG ff., kann die Behörde auch bei unerwünschten Telefonanrufen auf Grundlage von § 20 UWG ein Ordnungswidrigkeitenverfahren einleiten und ein Bußgeld verhängen. Bisher keine Möglichkeit besteht hingegen, gegen unerlaubte Email-Werbung auf vergleichbare Weise vorzugehen.⁴⁹

Verbraucherschützend ist die Behörde auch in einem zunehmend in den Fokus der Aufmerksamkeit rückenden Bereich tätig, wenn sie Abweichungen der tatsächlich verfügbaren Bandbreite von Internetzugängen von den vertraglich zugesicherten Leistungsparametern untersucht und transparent macht.⁵⁰ Hier steht zu erwarten, dass dieser Tätigkeitsbereich auch in den kommenden Jahren an Bedeutung nicht verlieren wird – jedenfalls solange noch keine flächendeckenden Gigabit-Netze verfügbar sind.

d) Zwischenergebnis

Die BNetzA spielt heute schon und wird auch unter dem künftigen Kodex eine wichtige Rolle bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft spielen. Diese besteht in erster Linie darin, die marktregulatorischen Rahmenbedingungen zu setzen, unter denen der Breitbandausbau erfolgen wird. Darüber hinaus muss sie gleichheitsgerechte Wettbewerbsbedingungen auf Telekommunikationsmärkten gewährleisten. Im Spezialbereich des Telekommunikationskundenschutzes hat sie zudem verbraucherschützende Aufgaben.

⁴⁷ Fetzer, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 351 ff. m.w.N.

⁴⁸ Dazu Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, Einleitung Rn. 241.

⁴⁹ Möglich ist zwar eine Meldung bei der BNetzA, anders als bei Telefonwerbung handelt es sich bei Email-Spamming aber nicht um eine Ordnungswidrigkeit.

⁵⁰ BNetzA, Mitteilung der Bundesnetzagentur zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe „erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit“ bei Festnetz-Breitbandanschlüssen im Download gemäß Art. 4 Abs. 4 Verordnung (EU) 2015/2120 u. a. über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet, Mitteilung Nr. 485/2017, ABl. BNetzA 12/2017.

2. Bundeskartellamt

a) Wettbewerbsschutz

Das BKartA ist – im Zusammenspiel mit der Europäischen Kommission – für den Vollzug des GWB bzw. der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Art. 101 und 102 AEUV zuständig. Seine primäre Aufgabe ist der Schutz des Wettbewerbs. In dieser Funktion spielt das BKartA bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft eine wichtige Rolle, da die digitale Revolution zu bedeutsamen Veränderungen in der Wertschöpfungskette sowie in Märkten führt.⁵¹ Eine der zentralen Entwicklungen ist dabei der Trend zur so genannten „Plattformökonomie“, die durch eine erhebliche Zunahme von digitalen Plattformen gekennzeichnet ist, die in vielen Bereichen zu monopolistischen, jedenfalls aber oligopolistischen Marktstrukturen führen.⁵² Von großer wettbewerbsrechtlicher Relevanz ist zudem die Frage nach der Bedeutung von Daten in einer datenbasierten Ökonomie.⁵³

Das BKartA hat auf diese Entwicklungen im Jahr 2015 mit der Einrichtung einer „Task Force Internetplattformen“ reagiert.⁵⁴ Zudem veröffentlicht die Behörde regelmäßig Schriften zur Wettbewerbspolitik in der digitalen Wirtschaft.⁵⁵ So hat sie sich etwa zu der Bedeutung von Daten im Wettbewerb⁵⁶ sowie Innovationen⁵⁷ in der Kartellrechtspraxis geäußert.

Die Behörde hat aber auch schon eine Reihe von konkreten Verfahren geführt, die sich mit Internetplattformen beschäftigt haben. Darunter waren sowohl Missbrauchs- bzw. Kartellverbotsverfahren⁵⁸ als auch Fusionskontrollverfahren.⁵⁹ Grundlegende Bedeutung im Hinblick auf die Rolle des Wettbewerbsrechts in digitalen Märkten wird darüber hinaus dem derzeit laufenden Verfahren gegen *Facebook* zukommen, in dem der Sache nach das Vorliegen eines Konditionenmissbrauchs durch das soziale Netzwerk untersucht wird, der darin bestehen soll, die Offenbarung von – zu vielen – personenbezogenen Daten zur Voraussetzung für die Nutzung von *Facebook* zu machen.⁶⁰

⁵¹ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 88 ff.

⁵² Dazu ausführlich Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016.

⁵³ Dazu ausführlich Schweitzer/Peitz, Datenmärkte, 2017.

⁵⁴ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2015/21_12_2015_Jahresrueckblick.html

⁵⁵ http://www.bundeskartellamt.de/DE/UeberUns/Publikationen/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_node.html

⁵⁶ BKartA, Big Data und Wettbewerb, 2017.

⁵⁷ BKartA, Innovationen – Herausforderungen für das Kartellrecht, 2017.

⁵⁸ Vgl. nur BKartA, Beschluss B 9-121/13 – *booking.com*; B 9-66/10 – *HRS*.

⁵⁹ Vgl. nur BKartA, Beschluss, B 6-57/15 – *Online-Dating-Plattformen*; B 6-39/16 – *Immobilienplattformen*.

⁶⁰ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568; dazu auch Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 52 ff.

b) Verbraucherschutz

Neben der traditionellen Aufgabe des Wettbewerbsschutzes im engeren Sinn hat das BKartA im Rahmen der 9. GWB-Novelle neue Kompetenzen im Bereich Verbraucherschutz erhalten.⁶¹ Die Behörde kann nunmehr nach § 32e Abs. 5 GWB Sektorenuntersuchungen auch dann durchführen, wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften vorliegen, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen. Solche Sektorenuntersuchungen richten sich nicht gegen einzelne Unternehmen, sondern dienen der Untersuchung eines Wirtschaftszweigs. In der Vergangenheit gab es wiederholt Beschwerden von Verbraucherinnen und Verbrauchern bzw. Verbraucherverbänden, dass es insbesondere in der Digitalwirtschaft zu systematischen Verletzung von Verbraucherrechten käme, die eine stärker hoheitliche Durchsetzung insbesondere des Lauterkeitsrechts notwendig machten.⁶² Das BKartA hat daher jüngst eine Sektorenuntersuchung „Vergleichsportale im Internet“ eingeleitet, die eine ganze Reihe von Vergleichsportalen zum Gegenstand hat und mit der herausgefunden werden soll, ob es tatsächlich systematische Verbraucherschutzverstöße bei digitalen Vergleichsplattformen gibt.⁶³ Die Behörde hat zudem angekündigt, über die Einleitung weiterer Sektorenuntersuchungen zu Verbraucherproblemen in der digitalen Welt zeitnah zu entscheiden.⁶⁴

c) Zwischenergebnis

Das BKartA nimmt in der Digitalen Wirtschaft eine hervorgehobene Stellung dadurch ein, dass es auch bei den digitalen Geschäftsmodellen und Märkten den Wettbewerb sichern muss. Hier ist erkennbar, dass die Behörde teilweise mit neuen Phänomenen konfrontiert ist, deren prominentestes bisher die Bedeutungszunahme oftmals monopolistischer Plattformmärkte ist. Bisher scheint das vorhandene Instrumentarium des BKartA allerdings grundsätzlich geeignet, um der Behörde die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben auch weiterhin zu ermöglichen.⁶⁵

Soweit Probleme in der Missbrauchsaufsicht erkennbar waren – etwa im Umgang unentgeltlicher Internetplattformen –, sind durch die 9. GWB-Novelle entsprechende neue Regelungen geschaffen worden.⁶⁶ Ebenfalls durch die 9. GWB-Novelle wurde zudem die

⁶¹ <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/gwb-novelle.html>

⁶² BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 65.

⁶³ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/24_10_2017_Vergleichsportale.html?nn=3591568.

⁶⁴ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/24_10_2017_Vergleichsportale.html?nn=3591568.

⁶⁵ Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 55 ff.

⁶⁶ Insbesondere § 18 Abs. 2a und 3 GWB, die klarstellen, dass auch bei unentgeltlichen Leistungen ein wettbewerbsrechtlich relevanter Markt vorliegen kann und Kriterien formulieren, die bei der Beurteilung

Eingriffsschwelle für Fusionen so gestaltet, dass künftig auch Zusammenschlüsse von der Behörde geprüft werden können, deren Transaktionswert über 400 Millionen Euro liegt, selbst wenn nur geringe Umsätze von den beteiligten Unternehmen erzielt werden.⁶⁷ Hierin kann eine unmittelbare Reaktion darauf gesehen werden, dass beispielsweise in der Fusion *Facebook / WhatsApp* das übernommene Unternehmen keine Umsätze im Inland erzielt hatte, die über der ursprünglichen fusionskontrollrechtlichen Eingriffsschwelle lagen.⁶⁸

Neben seiner wettbewerbssichernden Funktion hat das BKartA durch die 9. GWB-Novelle im Verbraucherschutz neue Zuständigkeiten erhalten. Diese beschränken sich allerdings auf eine überwachende Funktion, der das BKartA mittels Sektorenuntersuchungen nachkommen kann. Verbraucherschutzrechtliche Eingriffsbefugnisse hat das BKartA hingegen nicht.

3. Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik

Informations- und Kommunikationstechnik stellen die Lebensadern einer digitalisierten und vernetzten Wirtschaft dar. Ihre Funktionsfähigkeit, Integrität und Vertraulichkeit sind von überragender Bedeutung für die Digitale Wirtschaft. Dabei geht es zum einen um die Informationssicherheit staatlicher Informationssysteme. Zum anderen ist aber auch die Informationssicherheit privater Informationssysteme aufgrund ihrer zunehmenden Vernetzung über den jeweiligen privaten Betreiber hinaus mitunter relevant für die gesamte Wirtschaft. Die informationssicherheitstechnische Seite der Digitalisierung fällt in den Zuständigkeitsbereich des BSI, das nicht nur für die Informationssicherheit der IT-Systeme des Bundes zuständig ist, sondern darüber hinaus auch für Warnungen vor IT-Sicherheitsbedrohungen, Aufklärung öffentlicher und privater Anwender sowie Zertifizierungen von IT-Produkten.

Mit dem 2015 in Kraft getretenen IT-Sicherheitsgesetz kommt dem BSI zudem noch die Aufgabe der Überwachung und Kontrolle kritischer Infrastrukturen zu.⁶⁹ Das BSI nimmt damit eine wichtige, allerdings auch sehr spezifische Aufgabe bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft wahr, indem es für die IT-Sicherheit zuständig ist.

II. Neue Aufgaben durch die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft

Die existierenden staatlichen Institutionen werden damit auch künftig bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft wichtige Rollen einnehmen, wenn es darum geht, diese erfolgreich zu gestalten.

von Marktmacht, insbesondere in digitalen Plattformmärkten von Bedeutung sein können. *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 61.

⁶⁷ Dazu *Schweitzer/Fetzer/Peitz*, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 53 ff.

⁶⁸ Dazu Interview mit dem Präsidenten des BKartA *Andreas Mundt*, Tagesspiegel v. 20.6.2016, S. 7.

⁶⁹ Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz) v. 17.7.2015 (BGBl. I S. 1324), zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 8 des Gesetzes v. 18.7.2016 (BGBl. I S. 1666).

Eine erfolgreiche Gestaltung setzt aber auch die Erfüllung neuer Aufgaben voraus, die keiner der existierenden Institutionen zugeordnet sind. Ursache hierfür sind insbesondere die eingangs skizzierten externen Effekte von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft.⁷⁰ Sie schaffen ein mögliches Bedürfnis nach neuen und teilweise auch neuartigen staatlichen Maßnahmen, wenn die gesamtwirtschaftlichen Wachstumspotenziale von Digitalisierung und Vernetzung vollständig genutzt werden sollen: Erstens besteht ein bisher nicht eindeutig einer Institution zugeordneter Handlungsbedarf auf der Nachfrageseite im zentralen Bereich des Infrastrukturausbaus (dazu 1.). Zweitens geht es darum, die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft über den IKT-Sektor hinaus durch Förderung, Information und Koordination so zu gestalten, dass Innovations- und Wachstumspotenziale sektorenübergreifend für die gesamte Wirtschaft möglichst umfassend ausgeschöpft und Ineffizienzen vermieden werden (dazu 2.). Drittens muss auch geprüft werden, an welchen Stellen bestehende Regelungen Wachstum und Innovationen behindern, um hier ggf. durch hoheitlichem Monitoring unterliegende Digitalexperimentierräume Freiräume für innovative Produkte und Geschäftsmodelle zu schaffen (dazu 3.). Schließlich ist festzustellen, dass im Hinblick auf die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft in weiten Teilen ein Defizit an Verfügungs- und damit zwangsläufig auch an Orientierungswissen besteht, dem durch eine strukturell abgesicherte Datenerhebung und fundierte Analysen begegnet werden muss (dazu 4.). Weiterhin ist im Blick zu behalten, an welchen Stellen es möglicherweise systematische Rechtsdurchsetzungsdefizite gibt, denen durch eine stärker hoheitliche Rechtsdurchsetzung begegnet werden könnte – namentlich im Bereich des Verbraucherschutzes (dazu 5.).

1. Breitbandausbau

a) Nachfragestimulation

Ein entscheidender Faktor für die Rentabilität von privaten Investitionen in den Breitbandausbau ist die Nachfrage nach Netzen mit sehr hoher Kapazität.⁷¹ Bisher lässt sich feststellen, dass jedenfalls im Verbraucherbereich selbst bei Verfügbarkeit von Netzzugängen mit sehr hoher Kapazität die Inanspruchnahme nur zögerlich erfolgt, der Take-Up also langsamer als möglich vonstattengeht.⁷² Oftmals ist hierfür kaum eine ausreichende Zahlungsbereitschaft vorhanden.⁷³ Im unternehmerischen Umfeld ist die Nachfrage nach solchen Netzzugängen zwar höher. Allerdings ist auch hier festzustellen, dass Gigabit-Netze

⁷⁰ Dazu oben A II.

⁷¹ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 2.

⁷² Europäische Kommission, Digital Scoreboard 2016: 38,2%. [http://digital-agenda-data.eu/charts/analyse-one-indicator-and-compare-countries/embedded#chart={\"indicator-group\":\"broadband\",\"indicator\":\"bb_penet\",\"breakdown\":\"TOTAL_FBB\",\"unit-measure\":\"subs_per_100_pop\",\"ref-area\":\"DE\"}](http://digital-agenda-data.eu/charts/analyse-one-indicator-and-compare-countries/embedded#chart={\)

⁷³ BNetzA, Wie viel wären Sie bereit, für eine größere Bandbreite (mehr als 16.000 Kbit/s) zusätzlich zu zahlen?, Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/175623/umfrage/zahlungsbereitschaft-fuer-zusaetzliche-bandbreite/> (letzter Besuch 19. November 2017).

nicht ohne weiteres nachgefragt werden.⁷⁴ Dabei ist zudem nach wie vor ein großer Unterschied zwischen kleinen und mittleren Unternehmen einerseits und großen Unternehmen andererseits feststellbar.⁷⁵ Oftmals ist die mangelnde Nachfrage durch Unkenntnis über den praktischen Nutzen breitbandiger Netzzugänge verursacht,⁷⁶ vielfach mag ein solch individueller Nutzen aber auch objektiv derzeit noch nicht gegeben sein und erst in der Zukunft eintreten.⁷⁷

Die Stimulation eines flächendeckenden Breitbandausbaus darf daher nicht nur an der Angebotsseite ansetzen, sondern muss auch die Nachfrageseite im Blick haben.⁷⁸ Ganz in diesem Sinn sieht der Kodexentwurf der Europäischen Kommission in Art. 1 Abs. 2 vor, dass eben auch die Nutzung von Netzen mit sehr hoher Kapazität und nicht nur deren Ausbau Ziel der Regulierung sein soll. Der Kodexentwurf strebt also nicht nur eine Stimulation der Angebotsseite für Hochgeschwindigkeitsnetze an, sondern auch auf eine Verbesserung der Nachfrageseite.⁷⁹

Die Stimulation der Nachfrage nach Hochgeschwindigkeitsnetzzugängen kann dabei zum einen durch direkte finanzielle Subventionen von Nachfragern erfolgen.⁸⁰ Ein Beispiel hierfür sind die vom BMWi im Weißbuch Digitale Plattformen vorgeschlagenen „Gigabit-Voucher“ für kleine und mittelständische Unternehmen sowie sozioökonomisch wichtige Einrichtungen in ländlichen und strukturschwachen Gebieten.⁸¹

Eine Anregung der Nachfrage kann aber vielfach auch schon dadurch erfolgen, dass durch Information und Beratung mögliche Vorteile eines Hochgeschwindigkeitszugangs für potenzielle Nutzer deutlicher werden und dadurch eine entsprechende Zahlungsbereitschaft hervorgerufen wird.⁸² Dies betrifft Privatanwender; noch größere Bedeutung kommt einer entsprechenden Informationstätigkeit aber bei unternehmerischen Anwendern zu,

⁷⁴ *Europäische Kommission*, Digital Scoreboard 2016: 35,4%. [http://digital-agenda-data.eu/charts/see-the-evolution-of-an-indicator-and-compare-breakdowns/embedded#chart={\"indicator-group\":\"broadband\",\"indicator\":\"e_ispdf_ge30\",\"breakdown-group\":\"total\",\"unit-measure\":\"pc_ent\",\"ref-area\":\"DE\"}](http://digital-agenda-data.eu/charts/see-the-evolution-of-an-indicator-and-compare-breakdowns/embedded#chart={\)

⁷⁵ *Europäische Kommission*, Digital Scoreboard 2016, [http://digital-agenda-data.eu/charts/see-the-evolution-of-an-indicator-and-compare-breakdowns/embedded#chart={\"indicator-group\":\"broadband\",\"indicator\":\"e_ispdf_ge30\",\"breakdown-group\":\"byENTsize\",\"unit-measure\":\"pc_ent\",\"ref-area\":\"DE\"}](http://digital-agenda-data.eu/charts/see-the-evolution-of-an-indicator-and-compare-breakdowns/embedded#chart={\).

⁷⁶ *BMWi*, Digitale Strategie 2025, 2016, S. 30.

⁷⁷ *WIK*, Die Privatkundennachfrage nach hochbitratigem Breitbandinternet im Jahr 2025, 2017, Abbildung 3-1.

⁷⁸ In diesem Sinne auch *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen!, Sondergutachten 78, 2017, Tz. 208 ff.

⁷⁹ Zum Konnektivitätsziel im Kodexentwurf *Fetzer*, Telekommunikationsregulierung 4.0, S. 9 ff.

⁸⁰ *Monopolkommission*, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen!, Sondergutachten 78, 2017, Tz. 211 f.

⁸¹ *BMWi*, Weißbuch Digitale Plattformen, 2017, S. 85.

⁸² Vgl. auch *Beckert*, Ausbaustrategien für Breitbandnetze in Europa – Studie im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung 2017, S. 68 f., abrufbar unter https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_Druck_150530.pdf.

insbesondere bei den bisher unterdurchschnittlich engagierten klein- und mittelständischen Unternehmen.⁸³

b) Koordination staatlicher Ausbauförderung

Die BNetzA setzt durch ihre Regulierungstätigkeit wichtige Rahmenbedingungen für den Breitbandausbau durch private Investitionen. Nach nahezu allen derzeit verfügbaren Prognosen wird ein flächendeckender Breitbandausbau allerdings kaum ohne staatliche Subventionen zumindest in ländlichen Räumen auskommen.⁸⁴ Die staatliche Subventionierung ist aus volkswirtschaftlicher, aber auch aus rechtlicher Sicht dabei als Ultima Ratio zu sehen.⁸⁵ Aus volkswirtschaftlicher Sicht verhindert eine zu frühzeitige Subventionierung möglicherweise private Investitionen und löst gesamtwohlfahrtssenkende Mitnahmeeffekte aus. Aus rechtlicher Sicht ist zum einen zu bedenken, dass Art. 87f GG vom Prinzip der privatwirtschaftlichen, wettbewerblichen Erbringung von Telekommunikation ausgeht.⁸⁶ Die öffentliche Subventionierung von Telekommunikationsinfrastrukturen, die gerade ein Abweichen von einer Erbringung im Wettbewerb bedingt, wird damit zur rechtfertigungsbedürftigen Ausnahme. Zum anderen sind staatliche Fördermaßnahmen am europäischen Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV zu messen.⁸⁷ Rechtliche und ökonomische Gesichtspunkte gebieten es daher, die Breitbandförderung möglichst effektiv und effizient auszugestalten, so dass möglichst wenig öffentliche Subventionen eingesetzt werden müssen, zugleich aber der Breitbandausbau zügig voranschreitet.

Bereits heute gibt es zahlreiche Breitbandförderprogramme auf Bundes-, Landes- sowie kommunaler Ebene. Auf Bundesebene übernimmt bei der Förderungscoordination bisher das Breitbandbüro des Bundes eine wichtige Rolle.⁸⁸ Seine Aufgabe ist es, die Breitbandstrategie der Bundesregierung zu unterstützen. Gleichwohl ist festzustellen, dass von Fördermöglichkeiten regional sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht wird.⁸⁹ Hier könnte möglicherweise eine stärkere Koordination der Förderung helfen, um insbesondere

⁸³ Beckert, Ausbaustrategien für Breitbandnetze in Europa – Studie im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung 2017, S. 68 f., abrufbar unter https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_Druck_150530.pdf.

⁸⁴ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 62 ff.

⁸⁵ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 66 ff.

⁸⁶ Dazu Remmert, in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 34. Aufl. Stand 15.8.2017, Art. 87f GG Rn. 5 f.

⁸⁷ Europäische Kommission, Leitlinien für die Anwendung der Beihilfenvorschriften im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. 2013 Nr. C 25/1, Rn. 11. Dazu auch m.w.N. Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Art. 107 Rn. 26.

⁸⁸ <http://breitbandbuero.de>.

⁸⁹ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 63 ff.; Monopolkommission, Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen!, Sondergutachten 78, 2017, Tz. 146 ff.

über die verschiedenen Ebenen des föderalen Mehrebenensystems die Effektivität, aber auch die Effizienz der Breitbandförderung zu erhöhen.⁹⁰

2. Sektorenübergreifende Information und Koordination

Digitalisierung und Vernetzung lassen die IKT-Branche und die Anwenderbranchen näher zusammenrücken.⁹¹ Digitalisierung und Vernetzung versprechen dabei gerade für die Anwenderbranchen erhebliche Wachstums- und Innovationspotenziale.⁹² Zugleich sind die Anwenderbranchen wesentliche Nachfragetreiber nach Hochgeschwindigkeitsnetzen. Die Bundesregierung hat mit ihrer „Strategie Intelligente Vernetzung“ für die fünf ausgewählten Branchen Bildung, Energie, Gesundheit, Verkehr und Verwaltung eine modellhafte Initiative ins Leben gerufen, um Digitalisierung und Vernetzung in diesen Sektoren voranzutreiben.⁹³

Hier könnte durch eine noch stärkere und koordinierte Informationstätigkeit über die Sektorengrenzen hinweg ein wesentlicher Beitrag zum Gelingen der Digitalisierung geleistet werden. Gerade für die Digitalisierung und Vernetzung klein- und mittelständischer Unternehmen ist es von großer Bedeutung, dass ihnen der mögliche Mehrwert von Investitionen in Digitalisierung und Vernetzung sowie Best-Practice-Beispiele aufgezeigt werden können.⁹⁴ Zudem ist es für eine erfolgreiche Gestaltung der digitalen Revolution wichtig, dass Förderinitiativen nicht nur im Hinblick auf den Breitbandausbau, sondern auch bezogen auf die Digitalisierung und Vernetzung der Anwenderbranchen koordiniert werden. Hinzu kommt die Notwendigkeit einer transparenten Darstellung und Kommunikation, die Ziele und Zielgruppen verschiedener Initiativen für interessierte Unternehmen aufbereitet.⁹⁵ Eine zentrale Institution, die Digitalisierungsinformationen über die gesamte Wirtschaft hinweg und über alle Ebenen des föderalen Mehrebenensystems bereitstellt und Fördermöglichkeiten initiiert bzw. vorhandene Programme Dritter transparent macht und koordiniert, könnte hier wertvolle Dienste bei der Digitalisierung und Vernetzung von IKT-Branche und Anwenderbranchen leisten.

⁹⁰ Vgl. Beckert, Ausbaustrategien für Breitbandnetze in Europa – Studie im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung 2017, S. 63 ff., abrufbar unter https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/Smart_Country/Breitband_2017_Druck_150530.pdf.

⁹¹ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 144.

⁹² Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 141 ff.

⁹³ <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/intelligente-vernetzung.html>.

⁹⁴ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 148.

⁹⁵ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 148.

3. Monitoring und Koordination von Digitalexperimentierräumen

In vielen Rechtsgebieten folgen das deutsche und auch das europäische Recht dem so genannten Vorsorgeprinzip.⁹⁶ Dieses im Umwelt- und Technikrecht entwickelte Prinzip besagt, dass bei nicht endgültig ausräumbarer Ungewissheit über mögliche Schäden für Individualrechtsgüter, die durch die Nutzung einer (neuen) Technologie entstehen können, die Schadensgefahr soweit wie möglich zu minimieren ist.⁹⁷ Dies kann dazu führen, dass bereits potenziell schädigende Produkte vorsorglich verboten werden.

Mit einer ähnlichen Stoßrichtung sieht das Unionsrecht in Art. 114 Abs. 3 AEUV ein hohes Schutzniveau für Harmonisierungsmaßnahmen der Europäischen Union für die Bereiche Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz als Harmonisierungsziel vor; Art. 169 AEUV erklärt ein hohes Verbraucherschutzniveau ausdrücklich zu einem Ziel der Europäischen Union; ein hohes Verbraucherschutzniveau als fundamentalrechtliche Gewährleistung findet sich nunmehr auch in Art. 38 Grundrechte-Charta.⁹⁸ Das Unionsrecht – und damit zwangsläufig auch das nationale Recht – sehen damit ein hohes Schutzniveau für Verbraucherinnen und Verbrauchern als fundamental für das Gelingen des Binnenmarktes an. Zugleich wirkt sich dieses grundsätzlich aner kennenswerte Ziel aber auf der Anbieterseite gerade bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft auf Innovationen – jedenfalls im B2C-Bereich – potenziell negativ aus, da es zu (Compliance-) Kosten führt, die insbesondere Start-Up-Unternehmen mitunter nicht tragen können. Das Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus verhindert dabei mitunter die Vermarktung von innovativen Produkten unter Umständen sogar ganz, wenn der potenzielle Schaden eines neuen Produktes für Verbraucherschutzrechte nicht klar erkennbar ist oder jedenfalls ein solcher Schaden nicht ganz ausschließbar ist.

Eine vergleichbare Ausgangssituation findet sich neben dem Verbraucherschutzrecht auch im Datenschutzrecht. Auch hier wird dem Persönlichkeitsrecht des Einzelnen ein hoher Stellenwert eingeräumt, der insbesondere dazu führt, dass eine Erhebung und Verarbeitung von Daten ohne spezifische gesetzliche Grundlage bzw. eine Einwilligung des Betroffenen in die genauen Modalitäten der Datenverarbeitung nicht zulässig ist.⁹⁹ Dieses Prinzip eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt findet seine Verankerung zwar nicht im Vorsorgeprinzip, sondern in der Begründung des Datenschutzrechts in der Menschenwürde,¹⁰⁰ führt aber gerade in der datenbasierten Digitalökonomie potenziell ebenfalls dazu, dass innovative Geschäftsmodelle sich nicht entwickeln können, weil sich vielfach erst nach der Erhebung

⁹⁶ Vgl. *Appel*, Europas Sorge um die Vorsorge – Zur Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, NVwZ 2001, 359 ff.

⁹⁷ Grundlegend *Ossenbühl*, Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits-, Umweltschutz, NVwZ 1986, 161 ff.

⁹⁸ Vgl. zur Bedeutung des Vorsorgeprinzips jenseits des Gesundheitsbereichs schon *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission über die Anwendbarkeit des Vorsorgeprinzips, KOM(2000) 1 endg.

⁹⁹ § 4 BDSG. Art. 6 DSGVO.

¹⁰⁰ Zur Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Verhältnis zwischen Privaten im Internet *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 80. Ergänzungslieferung Stand Juni 2017, Art. 2 Rn. 190.

personenbezogener Daten zeigt, welche Anwendungen darauf aufgebaut werden können.¹⁰¹ Der Betroffene kann in diesem Fall also bei der Erhebung der Daten nach geltendem Recht noch gar nicht wirksam in die entsprechende Datenverarbeitung einwilligen.

Eine Möglichkeit, die schutzwürdigen Interessen von Verbraucherinnen und Verbrauchern einerseits und Innovationspotenziale andererseits miteinander in Einklang zu bringen, sind so genannte „Experimentierräume“ bzw. „regulatory sandboxes“.¹⁰² Die ihnen zugrundeliegende Idee ist, dass Verbraucherschutzregelungen – Gleiches lässt sich auch für datenschutzrechtliche Bestimmungen erwägen – nicht generell für alle Verbraucherinnen und Verbraucher abgesenkt werden, um die Compliancekosten bei der Einführung und Erprobung innovativer Produkte zu minimieren, sondern nur für eine bestimmte Gruppe und für einen bestimmten Zeitraum die Anwendung von Regelungen ausgesetzt wird, sofern die Betroffenen vorab umfassend informiert werden und sie darin einwilligen. Auf diese Weise können innovative Produkte oder Geschäftsmodelle unter realen Bedingungen getestet werden, ohne dass die Anbieter die volle Last von – beispielsweise verbraucherschützenden – Regelungen zu erfüllen hätten.¹⁰³ Zugleich werden Verbraucherinnen und Verbraucher dadurch geschützt, dass das Produkt oder Geschäftsmodell unter hoheitlichem Monitoring nur von denjenigen genutzt werden kann, die zuvor umfassend über potenzielle Risiken bzw. Ungewissheiten informiert worden sind.

Das Konzept wird prominent in Großbritannien von der Finanzaufsicht „Financial Conduct Authority (FCA)“ bei FinTechs, also innovativen Finanzprodukten erprobt.¹⁰⁴ Die Behörde richtet für Finanzinnovationen, die einen Nutzen für Verbraucherinnen und Verbraucher versprechen, für einen bestimmten Zeitraum solche Experimentierräume ein, sofern die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher umfassend vor Erwerb bzw. Nutzung eines entsprechenden Finanzprodukts darüber informiert werden, dass es sich um ein innovatives Produkt handelt, das sich in einem Teststadium befindet und bei dessen Nutzung daher nicht alle finanzmarktregulierungsrechtlichen Schutzvorkehrungen angewendet werden. Die FCA kann insbesondere vorläufige Zulassungen für Finanzprodukte erteilen oder finanzproduktbezogenen Regelungen aussetzen oder modifizieren.¹⁰⁵ Voraussetzung dafür ist, dass vorab von einem FinTech-Anbieter ein Antrag bei der Behörde gestellt wird und während der Testphase sowie nach Abschluss derselben Berichte über den Verlauf des Tests abgeliefert werden. Auf diese Weise können nicht nur innovative Produkte durch Unternehmen getestet werden. Zugleich kann hierdurch die Aufsichtsbehörde ihrerseits Erfahrungen mit solchen Produkten sammeln und ggf. auf eine Aufhebung oder Modifikation bestehender Regulierung hinwirken. Eine erste Evaluation dieses Modellverfahrens durch

¹⁰¹ Schweitzer/Peitz, Datenmärkte, 2017, S. 33 ff.

¹⁰² BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 79.

¹⁰³ Dazu Vermeulen/Fenwick/Kaal, Regulation tomorrow: What happens when technology is faster than the law?, TILEC Discussion Paper DP 2016-024, S. 25, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=2834531>.

¹⁰⁴ <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>.

¹⁰⁵ <https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox>.

die FCA ist positiv verlaufen; insbesondere scheint ein positiver Einfluss auf (Finanz-) Innovationen feststellbar zu sein.¹⁰⁶

Die Einrichtung von solchen Experimentierräumen, innerhalb derer finanzmarktrechtlicher, aber beispielsweise auch Verbraucherschutzrechtliche oder datenschutzrechtliche Regelungen für einen begrenzten Zeitraum und gegenüber einem begrenzten Personenkreis nicht vollumfänglich erfüllt werden müssen, setzt zum einen die Anpassung der entsprechenden materiellen Regelungen, etwa in Gestalt von Experimentier- bzw. Öffnungsklauseln im Datenschutz- oder Lauterkeitsrecht voraus. Darüber hinaus ist es jedoch empfehlenswert, die Überwachung der Experimentierräume, zumindest aber deren Einrichtung zentral einer Stelle zuzuweisen. Als Modell könnte hierbei der durch die europäische Dienstleistungs-RL eingeführte Einheitliche Ansprechpartner dienen.¹⁰⁷ Dieser fungiert als Koordinationsstelle und Lotse durch Verwaltungsverfahren und etabliert damit ein One-Stop-Shop für ausländische Dienstleistungserbringer, die im Inland tätig werden wollen. Der Einheitliche Ansprechpartner verändert also nicht das Kompetenzgefüge zwischen mehreren Aufsichts- bzw. Genehmigungsbehörden, sondern befreit einen Dienstleistungserbringer von der mitunter schwierigen Aufgabe, Genehmigungserfordernisse für seine Tätigkeit und die dafür zuständigen Behörden selbst in Erfahrung zu bringen, um dann jeweils direkt mit den Genehmigungsbehörden in Kontakt zu treten.

Auf ähnliche Weise könnte eine zentrale Einrichtung geschaffen werden, die für die Einrichtung von Digitalexperimentierräumen insoweit zuständig ist, dass Unternehmen bei dieser Stelle die Einrichtung eines konkreten Digitalexperimentierraums beantragen können und diese Stelle dann mit den nach dem jeweiligen Fachrecht zuständigen Behörden den Experimentierraum einrichten kann. Dies ist insbesondere sinnvoll, wenn ein Experimentierraum im Hinblick auf mehrere Regelungsmaterien – beispielsweise telekommunikationsrechtliche Kundenschutzvorschriften und Datenschutzregelungen – eingerichtet werden soll. Selbst wenn es jedoch nur um eine Regelungsmaterie geht, für die ein Digitalexperimentierraum eingerichtet werden soll, wäre es bürokratiekostensenkend, wenn Unternehmen nicht aufwändige Recherchen über die zu beachtenden Rechtsvorschriften und die hierfür zuständigen Stellen vornehmen müssten, sondern einen Ansprechpartner zur Verfügung hätten. Zugleich wäre so sichergestellt, dass Informationen über den Erfolg (oder Misserfolg) von Digitalexperimentierräumen bei einer Stelle zusammenlaufen, die dann daraus Best-Practice-Modelle ableiten kann.

4. Empirie und Analyse von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft

Der wissenschaftliche Beirat beim BMWi hat 2013 in einem Gutachten auf das bisher nicht vollständig ausgeschöpfte Potenzial wirtschaftspolitischer Evaluationsforschung in der

¹⁰⁶ FCA, Regulatory Sandbox Lessons Learned Report, October 2017.

¹⁰⁷ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

Evaluation wirtschaftspolitischer Maßnahmen hingewiesen und auf die positiven Effekte evidenzbasierter Wirtschaftspolitik hingewiesen.¹⁰⁸

In diesem Sinne hat auch die OECD 2015 eine Untersuchung zur evidenzbasierten Politikberatung, namentlich zur Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) durchgeführt und dabei auf die grundsätzlich positiven Wirkungen einer stärker evidenzbasierten Politikberatung verwiesen: „Es handelt sich um ein wirkungsvolles Instrument, das den Politikgestaltungsprozess durch die Bereitstellung wertvoller empirischer Daten unterstützt. GFA untermauern Politikentscheidungen, indem sie einen rationalen Entscheidungsrahmen bieten, der die Auswirkungen potenzieller Regelungsoptionen untersucht. (...) Moderne Volkswirtschaften und Gesellschaften brauchen effektive Regelungen für Wachstum, Investitionen, Innovation und Marktöffnung, um die Rechtstaatlichkeit zu stützen und zum gesellschaftlichen Wohlergehen beizutragen. Ein unzureichendes Regulierungsumfeld beeinträchtigt die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und das Vertrauen der Bürger in den Staat, und es fördert die Korruption in der öffentlichen Governance. Um Märkte angemessen zu stützen, die Rechte und Sicherheit der Bürger zu schützen und die Bereitstellung öffentlicher Güter und Dienstleistungen zu gewährleisten, müssen Rechtsvorschriften mittels eines umfassenden Rahmens ausgearbeitet werden, in dem die Politikoptionen unter Verwendung belastbarer empirischer Daten beurteilt werden(...)“¹⁰⁹

Angesichts der durch Digitalisierung und Vernetzung hervorgerufenen grundlegenden Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft sowie der hohen Entwicklungsdynamik dieser Veränderungen, aber auch aufgrund der Ambivalenz zahlreicher Entwicklungen, die vielfach große Hoffnungen, aber auch manche Befürchtungen hervorrufen,¹¹⁰ ist der Ruf nach einer stärker evidenzbasierten Politik und Regulierung gerade für die Digitalisierungspolitik zu erneuern. Der bisherige Fachdialog hat gezeigt, dass bestehende Regelungskonzepte auf den Prüfstand geraten und neue Regelungskonzepte zur Diskussion stehen. Dem steht in vielen Bereichen ein erhebliches Wissens- und Verständnisdefizit gegenüber. Mit anderen Worten: Es fehlt vielfach an den Grundlagen für eine evidenzbasierte Politikberatung und Entscheidungsfindung. Das Wissensdefizit lässt sich sowohl auf der Ebene des Verfügungswissens als auch des Orientierungswissens konstatieren:¹¹¹ Vielfach stehen staatlichen Akteuren keine ausreichenden empirischen Daten über Digitalisierungs- und

¹⁰⁸ BMWi, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 24. In diesem Sinn auch Zimmermann, Evidence-Based Scientific Policy Advice, Working Paper Series of the German Data Forum (RatSWD) 2014, Nr. 243.

¹⁰⁹ OECD, OECD-Ausblick zur Regulierungspolitik 2015, 2016, S. 104 ff., abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252325-9-de>

¹¹⁰ Vgl. zur Ambivalenz von Big Data und Big Data Analytics Acquisti, From the economics of privacy to the economics of big data, in: Bender/Lane/Nissenbaum/Stodden, Privacy, Big Data and the Public Good: Frameworks for Engagement, 2014, abrufbar unter <http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1340&context=heinzworks>.

¹¹¹ Zum Wissen als Voraussetzung staatlichen Handelns sowie zur Differenzierung von Verfügungs- und Orientierungswissen B. Fassbender, Wissen als Grundlage staatlichen Handelns, in: Handbuch des Staatsrechts Band IV, 3. Aufl. 2006, § 76 Rn. 14 sowie 16 ff.

Vernetzungsprozesse zur Verfügung, die ein Verständnis dieser Prozesse ermöglichen würden. Daraus folgt nahezu zwangsläufig, dass auch eine Bewertung von möglichen Handlungsoptionen kaum möglich ist. Zur Verbesserung dieser Ausgangslage könnte vorrangig an drei Punkten angesetzt werden:

(1) Aus wissenschaftlicher Sicht lässt sich festhalten, dass das Wissen über und das Verständnis von Digitalisierungs- und Vernetzungsprozessen auf allen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ebenen unvollständig ist: Auf der Mikroebene etwa sind die sozioökonomischen Wirkungen der durch die digitale Vernetzung potenziellen Allverfügbarkeit von Informationen kaum untersucht.¹¹² Auf der Mesoebene beobachten wir neue Organisationsformen wie Crowd-Working und Sharing-Plattformen, aber auch hier gibt es bisher nur punktuelle empirische Untersuchungen und Analysen über die Auswirkungen auf Unternehmen.¹¹³ Auf der Makroebene besteht Einigkeit, dass Digitalisierung und Vernetzung erhebliche volkswirtschaftlich Wachstumspotenziale schaffen, eine strukturierte und periodische Untersuchung dieser Effekte fehlt aber bisher.¹¹⁴ Hier könnte durch eine gezielte Datenerhebung und -analyse Abhilfe geschaffen werden.¹¹⁵

(2) Selbst wenn empirische Daten vorhanden sind, sind diese teilweise nur unstrukturiert verfügbar bzw. werden von verschiedenen – privaten und öffentlichen – Akteuren erhoben und verwaltet. Eine strukturierte Aufbereitung und Zusammenführung solcher Daten könnte zum einen das beschriebene Wissens- und Verständnisdefizit bekämpfen helfen. Zum anderen könnten diese Daten universitären und außeruniversitären Forschungseinrichtungen für deren Forschung zur Verfügung gestellt werden.¹¹⁶ Damit könnte ein großes Problem empirischer sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Forschung angegangen werden: Die Verfügbarkeit und Nutzbarkeit von Daten.¹¹⁷

(3) Selbst wenn regulatorische Maßnahmen evidenzbasiert eingeführt werden, fehlt vielfach eine ex-post-Evaluation der Maßnahmen im Hinblick auf ihre Wirkungen und den Erfolg gemessen am Regulierungsziel. Vergleichbares lässt sich für den Bereich der Digitalisierungs- und Breitbandförderung durch Subventionen sagen, deren Wirksamkeit und

¹¹² Für eine aktuelle Bestandsaufnahme *Vorderer/Hefner/Reinecke/Klimmt*, Permanently Online, Permanently Connected: Living and Communicating in a POPC world, 2017.

¹¹³ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 7.

¹¹⁴ *Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam*, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 154.

¹¹⁵ So auch eine der Empfehlungen des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWi: *BMWi*, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 19 ff.

¹¹⁶ *BMWi*, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 20.

¹¹⁷ Dazu instruktiv *Japex et al*, Big Data in Survey Research, *Public Opinion Quarterly*, Volume 79, 2015, 839 ff., abrufbar unter <https://doi.org/10.1093/poq/nfv039>.

gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen nur ansatzweise erforscht sind.¹¹⁸ Eine Wirkanalyse von gesetzlichen und exekutiven Regulierungs- und Fördermaßnahmen könnte dazu beitragen, dass Gesetzgeber und Exekutive künftig bessere – im Sinne von effektiveren und effizienteren – Entscheidungen treffen können.¹¹⁹ Ein Ansatz hierzu findet sich auch im Kodexentwurf der Europäischen Kommission für einen neuen Telekommunikationsrechtsrahmen, der in Art. 59 Abs. 4 vorsieht, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Wirkungen von Verpflichtungen, die sie nicht marktmächtigen Unternehmen auferlegen, nach Erlass einer Maßnahme untersuchen und das Ergebnis dieser Untersuchung bekanntgeben müssen. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen also nicht nur überprüfen, ob sie entsprechende Verpflichtungen auferlegen bzw. aufrechterhalten, sie müssen vielmehr auch ausdrücklich zu den Wirkungen der Verpflichtungen Stellung nehmen und eine Wirkanalyse durchführen.¹²⁰

Eine Ausweitung einer solchen Maßnahmenevaluation könnte sowohl bei Regulierungs- als auch bei Fördermaßnahmen sinnvoll sein. Dabei ist es zum einen wichtig, dass vorab – durch den Gesetzgeber oder die Exekutive – Erfolgsmaßstäbe definiert werden, anhand derer die Evaluation einer Maßnahme erfolgt.¹²¹ Zum anderen muss sichergestellt werden, dass die Evaluation durch eine unabhängige Stelle vorgenommen wird, die nicht davon abhängig ist, im Sinne der zu evaluierenden Maßnahmen ein positives Votum abzugeben.¹²² Dies spricht dafür, dass nicht dieselbe Einrichtung, die für den Vollzug von Regulierungs- bzw. Fördermaßnahmen zuständig ist, auch deren Evaluation vornimmt. In diesem Sinne ist es denkbar, die Maßnahmenevaluation im Zuge öffentlicher Ausschreibungen auf Private zu übertragen. Hier besteht freilich die Gefahr von Anreizen, im Sinne des Auftraggebers zu evaluieren, um auch künftige Aufträge zu erhalten.¹²³ Diese Anreize sind bei einer dauerhaften Übertragung von Evaluationsaufgaben auf eine öffentliche Stelle geringer; hier muss jedoch darauf geachtet werden, dass das wissenschaftliche Evaluationsniveau immer wieder auch durch Impulse von außen gesichert wird.¹²⁴

¹¹⁸ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Metastudie zum Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 77 f.

¹¹⁹ BMWi, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 24.

¹²⁰ Fetzer, Telekommunikationsregulierung 4.0, 2017, S. 23.

¹²¹ BMWi, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 21.

¹²² BMWi, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 24.

¹²³ BMWi, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, Fußnote 59.

¹²⁴ BMWi, Evaluierung wirtschaftspolitischer Fördermaßnahmen als Element einer evidenzbasierten Wirtschaftspolitik – Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2013, S. 22 f.

5. Rechtsdurchsetzung

Im Weißbuch Digitale Plattformen des BMWi wird zutreffend darauf hingewiesen, dass selbstverständlich auch in Internetmärkten eine effektive Durchsetzung verbraucherschutzrechtlicher Vorschriften sowie die Lauterkeit des Wettbewerbs gewährleistet werden müssen.¹²⁵ Es wurde bereits ausgeführt, dass bei der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung den bestehenden Institutionen, insbesondere BKartA und BNetzA weiterhin eine wichtige Rolle zukommen wird.

Gerade im Verbraucherschutzrecht gilt allerdings bisher der Grundsatz der privaten Rechtsdurchsetzung. Es ist vorstellbar, dass die private Rechtsdurchsetzung in digitalen Märkten, insbesondere angesichts von oftmals nicht im Inland ansässigen Anbietern sowie der schnellen Marktentwicklung an Grenzen gerät, so dass zur Effektivierung auch auf eine hoheitliche Rechtsdurchsetzung gesetzt werden muss.¹²⁶ Die hoheitliche Durchsetzung von Verbraucherrechten ist beispielsweise traditionell in den Vereinigten Staaten stärker verankert, wo die Federal Trade Commission (FTC) neben ihren wettbewerbsbezogenen Aufgaben auch verbraucherschützende Eingriffsbefugnisse besitzt.¹²⁷

Eine Systemwechsel zu einer stärkeren hoheitlichen Rechtsdurchsetzung auch in Deutschland, der mit Wechselkosten verbunden wäre, sollte allerdings nur dann erwogen werden, wenn es im Internet tatsächlich zu systematischen Rechtsdurchsetzungsdefiziten kommt, die im geltenden System privater Rechtsdurchsetzung nicht behoben werden können. Zur Feststellung solch systematischer Versagen könnte die bereits erwähnte Schaffung empirischer Datengrundlagen einen wichtigen Beitrag leisten.¹²⁸ Erste Anhaltspunkte werden möglicherweise auch die Sektorenuntersuchungen des BKartA nach § 32e Abs. 5 GWB liefern. Weitere Informationen könnten sich auch aus der Tätigkeit des Marktwächters Digitale Welt beim vzbv ergeben.¹²⁹

Bei alledem ist auch im Blick zu behalten, dass die Zuordnung digitalspezifischer wettbewerbsrechtlicher und verbraucherschutzrechtlicher Zuständigkeiten an eine weitere Behörde komplexe Abgrenzungsfragen aufwerfen würde. Auch aus diesem Grund sollte hier eine breite empirische Entscheidungsgrundlage geschaffen werden, die eine bessere Beurteilung erlaubt, ob es zu dauerhaften systematischen Rechtsdurchsetzungsdefiziten kommt, die zu irreversiblen Schäden für Verbraucherinnen und Verbraucher führen und daher mit hoheitlichen Mitteln angegangen werden müssen.¹³⁰

¹²⁵ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 64 f.

¹²⁶ Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 14 f.

¹²⁷ FTC Bureau of Consumer protection. Weitere Informationen abrufbar unter: <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/bureau-consumer-protection>.

¹²⁸ Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 15.

¹²⁹ <https://ssl.marktwaechter.de/digitalewelt>.

¹³⁰ Schweitzer/Fetzer/Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, 2016, S. 56.

Sollten dabei allerdings systematische Rechtsdurchsetzungsdefizite zutage treten, ist zu prüfen, wie zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung eine stärker hoheitliche Rechtsdurchsetzung institutionell und verfahrensmäßig eingesetzt werden könnte. Angesichts des Querschnittscharakters dieser Fragestellung sollte im Falle einer stärker hoheitlichen Durchsetzung an eine Zuweisung entsprechender Befugnisse an eine unabhängige staatliche Institution – etwa eine Digitalagentur – erwogen werden.¹³¹

6. Zwischenergebnis

Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft schaffen – insbesondere aufgrund der mit ihnen verbundenen externen Effekte – in verschiedenen Bereichen neuen (staatlichen) Handlungsbedarf, der von den bestehenden Institutionen bisher nicht erfüllt wird. Dies betrifft insbesondere die Bereiche Breitbandnachfragestimulation, sektorenübergreifende Information und Koordination, Monitoring und Koordination von Digitalexperimentierräumen sowie evidenzbasierte Digitalisierungspolitik und Regulierung. Inwieweit darüber hinaus ein Handlungsbedarf bei der hoheitlichen Durchsetzung von Regelungen zum Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern sowie der Lauterkeit des Wettbewerbs besteht, sollte zunächst weiter daraufhin untersucht werden, ob es zu dauerhaften systematischen Rechtsdurchsetzungsdefiziten in digitalen Märkten kommt, die zu irreversiblen Schäden für Verbraucherinnen und Verbraucher führen, die nicht innerhalb des bestehenden Systems vorrangig privater Rechtsdurchsetzung angemessen verhindert werden können. Sollte dies nicht der Fall sein, ist über eine stärker behördliche Rechtsdurchsetzung nachzudenken, deren Zuordnung an eine neue Digitalagentur angesichts des Querschnittscharakters der Materie besonders erwägenswert ist.

III. Neue institutionelle Elemente in Form einer Digitalagentur

1. Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse bestehender Institutionen?

Im Hinblick auf den unter B II. festgestellten hoheitlichen Handlungsbedarf stellt sich aus institutioneller Sicht die Frage, ob er einfach dadurch erfüllt werden könnte, dass einer bestehenden Institution zusätzliche Aufgaben und Kompetenzen eingeräumt werden. In Betracht kämen hierfür in erster Linie die BNetzA sowie das BKartA. Während nicht per se ausgeschlossen ist, diesen Behörden die skizzierten neuen Aufgaben zuzuweisen, sprechen doch gute Gründe dafür, hier ein neues institutionelles Arrangement in Form der im Weißbuch Digitale Plattformen vorgeschlagenen Digitalagentur zu schaffen:¹³²

¹³¹ Zur Beratungs- und Kontrollfunktion unabhängiger Stellen bei Querschnittsmaterien *Schiedermair*, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band III, 2. Aufl. 2013, § 48 Rn. 55.

¹³² *BMWi*, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 113.

Erstens handelt es sich bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft um eine alle wirtschaftlichen aber auch sonstigen Lebensbereiche umfassende Entwicklung von grundlegender Bedeutung. Die existierenden Einrichtungen sind bisher aber entweder vorrangig für bestimmte Sektoren (im Falle der BNetzA die Netzsektoren) oder für eine spezifische Aufgabe (im Falle des BKartA den Wettbewerbsschutz) zuständig. Hier ist zum einen fraglich, ob die Zuordnung neuer Aufgaben an Spezialbehörden dem Querschnittscharakter von Digitalisierung und Vernetzung gerecht werden würde. Zum anderen muss vermieden werden, dass das klare Profil und die fachspezifische Kompetenz der vorhandenen Behörden durch eine Überlastung mit Aufgaben in Gefahr geraten.

Zweitens sind einige der neuen Aufgaben weniger der klassischen Eingriffsverwaltung zuzuordnen, wie sie ganz überwiegend von BKartA und BNetzA ausgeübt wird. Es geht vielmehr um Förderung, Information und Koordination und damit um eine andersartige Aufgabenkategorie, für die bei den Behörden bisher allenfalls bereichsspezifische Expertise vorhanden sein dürfte.

Drittens ist der Bereich der Digitalexperimentierräume einer, der die Koordination mitunter ganz unterschiedlicher Genehmigungsbehörden mit sich bringt, die nicht zwingend in den Kernbereichen der Aufgaben von BKartA und BNetzA tätig sind. Hier ist beispielsweise auch an die Einbeziehung gewerberechtlicher Behörden, der Finanzaufsicht o.ä. zu denken. Die Zuordnung der Koordinatorenrolle an eine bestehende Behörde brächte hier insofern keine Synergien.

Viertens ist es insbesondere im Bereich der evidenzbasierten Politikberatung und Evaluation wichtig, dass hier ein Gesamtblick auf die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft und auch auf damit zusammenhängende gesellschaftliche Aspekte geworfen wird. Diese Aufgabe kann möglicherweise von einer allgemeinen Digitalisierungsbehörde besser erfüllt werden als von einer spezifischen Behörde. Für den Unteraspekt der Regulierungsevaluation kommt hinzu, dass eine Trennung von Gesetzesvollzug und Evaluation gesetzlicher sowie gesetzessvollziehender Maßnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten sinnvoll sein kann.

2. Mögliche Vorbilder für eine Digitalagentur

In der Geschichte der Bundesrepublik wurde das institutionelle Gefüge des Bundes immer wieder erweitert, um auf neue Entwicklungen und daraus folgenden staatlichen Handlungsbedarf reagieren zu können. Die BNetzA selbst ist ein Beispiel hierfür. Sie nahm zum 1. Januar 1998 als „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“ ihre Arbeit auf, um die traditionell staatlichen Monopolunternehmen vorbehaltenen Sektoren Telekommunikation und Post zu liberalisieren.¹³³

¹³³ Zur Postreform III, in deren Zuge die Behörde errichtet worden ist, siehe *Fetzer*, Staat und Wettbewerb in dynamischen Märkten, 2013, S. 110 f.

Neben der Errichtung von neuen Behörden für die Bewerkstelligung spezifischer Aufgaben – wie es die Liberalisierung von Telekommunikation und Post ist – wurden in den vergangenen Jahrzehnten auch neue Institutionen geschaffen, mit denen auf grundlegende und weitreichende Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft reagiert wurde. Beispielhaft seien hier in chronologischer Reihenfolge ihrer jeweiligen Errichtung das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) in Nürnberg genannt, das 1967 als Reaktion auf die zunehmende Automatisierung und die daraus folgenden Konsequenzen für den Arbeitsmarkt und für Erwerbsbiographien gegründet wurde;¹³⁴ daneben das Umweltbundesamt (UBA) mit heutigem Sitz in Dessau, mit dem auf die zunehmende Bedeutung des Umweltschutzes, aber auch der Umweltplanung und der Umweltvorsorge in den 1970er-Jahren reagiert worden ist;¹³⁵ ebenfalls in den 1970er-Jahren wurde das Bundesinstitut für Bau-, Raum- und Stadtforschung (BBSR) gegründet, mit dem der Tatsache Rechnung getragen wurde, dass in den 1970er-Jahren mit der zunehmenden sozialwissenschaftlich orientierten Raumforschung das Desiderat einherging, Raumordnung auch zur Gewährleistung gleichwertiger Lebensverhältnisse im ganzen Bundesgebiet einzusetzen;¹³⁶ aus jüngerer Zeit ist schließlich die 2000 gegründete Deutsche Energie-Agentur (dena) zu erwähnen, die zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung beitragen soll.

Allen genannten Institutionen ist gemein, dass sie jeweils als Reaktion auf einen grundlegenden wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Wandel gegründet worden sind, der Fragen aufgeworfen hat, zu deren Beantwortung nicht umfassend auf bestehendes Wissen zurückgegriffen werden konnte. Es soll daher in der Folge kurz auf die jeweiligen Institutionen, insbesondere deren organisatorische Ausgestaltung, die ihnen zugewiesenen Aufgaben sowie die ihnen zustehenden Kompetenzen eingegangen werden, um daraus ggf. Rückschlüsse für ein mögliches institutionelles Arrangement einer Digitalagentur zur Bewältigung der aus der Digitalisierung und der Vernetzung der Wirtschaft folgenden neuen Aufgaben ziehen zu können.

a) Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

aa) Organisatorische Ausgestaltung

Das IAB in Nürnberg wurde 1967 zunächst ohne gesetzliche Grundlage als selbstständige Einheit der Bundesanstalt für Arbeit gegründet. Zwischenzeitlich ist das IAB eine so genannte „besondere Dienststelle“ der Bundesagentur für Arbeit, die ihrerseits eine rechtfähige Körperschaft des Öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung ist (§ 367 Abs. 1 SGB III). Das IAB muss nach § 282 Abs. 5 S. 3 SGB III räumlich, organisatorisch und personell vom Verwaltungsbereich der Bundesagentur für Arbeit getrennt sein. Das IAB wird von einem Direktor und einem Vizedirektor geleitet und von einer selbstständigen Einheit

¹³⁴ <http://www.iab.de/de/ueberblick/geschichte.aspx>.

¹³⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die Errichtung eines Umweltbundesamtes, BT-Drucks. 7/2012 v. 19.04.74, S. 5 zu § 1 Abs. 1.

¹³⁶ http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Bundesinstitut/Geschichte/geschichte_node.html.

„Wissenschaftsmanagement“ unterstützt. Es gliedert sich in sechs thematisch abgegrenzte Forschungsbereiche.¹³⁷ Am IAB arbeiten derzeit rund 250 Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler, vorwiegend aus den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften. Um die wissenschaftliche Qualität der Institutsarbeit sicherzustellen und zugleich den wissenschaftlichen Austausch mit universitären und außeruniversitären Forschungseinrichtungen zu gewährleisten, hat das IAB eine Reihe besonderer organisatorischer Vorkehrungen getroffen:

- (1) Es wurde ein wissenschaftlicher Beirat mit externen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler installiert, die unter anderem auch das Forschungsprogramm des IAB begutachten und mitbestimmen können.
- (2) Externe Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler können eine Forschungsprofessur am IAB erhalten. Damit ist regelmäßig keine Stelle am IAB verbunden. Vielmehr handelt es sich um eine Maßnahme, um international renommierte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler an das Institut zu binden und so von deren Arbeit zu profitieren.
- (3) Gemeinsame Berufungen nach dem Jülicher Modell von Professorinnen und Professoren. Dabei wird gemeinsam mit einer Hochschule eine Wissenschaftlerin oder ein Wissenschaftler auf die Professur an der Hochschule berufen, dort aber zur Wahrnehmung der Leitungsaufgaben am IAB beurlaubt. Mit dem IAB wird dann ein eigenständiger Anstellungsvertrag abgeschlossen, der u.a. auch die Vergütung regelt.

bb) Aufgaben

Die Aufgaben des IAB ergeben sich zum einen aus § 280 SGB III. Nach § 280 Nr. 2 SGB III betreibt die Bundesagentur für Arbeit Arbeitsmarkt- und Berufsforschung. Dies wird in § 282 Abs. 2 SGB III weiter spezifiziert: „Die Bundesagentur hat bei der Festlegung von Inhalt, Art und Umfang der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung ihren eigenen Informationsbedarf sowie den des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zu berücksichtigen. Die Bundesagentur hat den Forschungsbedarf mindestens in jährlichen Zeitabständen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales abzustimmen.“ Daneben wird durch § 282 Abs. 2 SGB III festgelegt, dass die Erforschung der Wirkung der Arbeitsförderung ein Schwerpunkt der Arbeitsmarktforschung sein soll. Wirkungsforschung hat das IAB darüber hinaus gemäß § 55 Abs. 1 SGB II auch im Hinblick auf Leistungen zur Eingliederung und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts („Arbeitslosengeld II“) zu betreiben.

Die Aufgaben des IAB sind damit rein forschungszentriert. Die Forschungsagenda gibt sich das Institut zum einen durch das Direktorium und seine Forschungsbereiche selbst; die Agenda wird durch den wissenschaftlichen Beirat begutachtet. Die Forschungsagenda wird zum anderen auch dadurch bestimmt, dass Forschungsfragen aufgenommen werden, die für die Arbeit der Bundesagentur für Arbeit oder für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales relevant sind. Neben der anlassbezogenen Forschung engagiert sich das IAB auch im

¹³⁷ Organigramm des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Stand 2017.

Bereich der Vorlaufforschung, bei der Themen aufgegriffen werden, die mit einem Zeithorizont von 5-10 Jahren relevant werden und in der Zukunft politische Entscheidungen erfordern könnten. Die Forschungsergebnisse des IAB werden regelmäßig durch Publikationen der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt bzw. fließen in die Politikberatung ein.

Eine weitere wichtige Aufgabe des IAB ist es darüber hinaus, Daten, die am IAB vorhanden sind, nicht-kommerziellen Forschungsvorhaben von universitären und außeruniversitären Forschungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen. Hierfür ist am IAB ein Forschungsdatenzentrum eingerichtet worden, das Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern Zugang zu Mikrodaten des IAB für Sozialversicherungs- sowie für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung zur Verfügung stellt.¹³⁸

cc) Kompetenzen

Da das IAB über keine Rechtsdurchsetzungsaufgaben verfügt, besitzt es insoweit auch keine Eingriffsbefugnisse. Kompetenzen werden dem IAB vor allem im Hinblick auf die für seine Arbeit als vorwiegend empirisch arbeitendes Institut wichtige Verarbeitung (personenbezogener) Daten eingeräumt. Dabei lassen sich die Bereiche Zugang zu Daten, Nutzung von Daten und Weitergabe von Daten unterscheiden.

Das Institut hat zum einen nach § 282 Abs. 5 S. 1 SGB III Zugang zu den Daten des Verwaltungsbereichs der Bundesagentur für Arbeit. Darüber hinaus darf das Institut nach S. 2 dieser Vorschrift selbstständig Daten erheben, wobei hier keine Durchsetzungsbefugnis eingeräumt wird, das IAB also nur freiwillige Befragungen durchführen kann. Das IAB darf nach § 288 Abs. 5 S. 4 SGB III die ihm zur Verfügung stehenden Daten umfassend für Forschungszwecke verwenden; soweit dies möglich ist, müssen die Daten aber anonymisiert werden. § 288 Abs. 7 SGB III sieht ausdrücklich eine Übermittlungsbefugnis für Daten an andere wissenschaftliche Einrichtungen vor.

dd) Bewertung

Das IAB kann in vielerlei Hinsicht als modellhaft auch für – jedenfalls einen Teil – einer möglichen Digitalagentur angesehen werden. Dies betrifft zum einen die Forschungsaufgaben an sich, die neben der allgemeinen Arbeitsmarkt- und Berufsforschung gerade auch die Wirkungsforschung sowie die Vorlaufforschung umfassen. Entsprechend könnte einer Digitalagentur die Aufgabe der Erforschung der gesamtwirtschaftlichen Wirkungen von Digitalisierung und Vernetzung ebenso übertragen werden wie die Evaluation von Regulierungs- und Fördermaßnahmen in diesem Bereich. Zum anderen könnten Anleihen beim IAB-Modell im Hinblick auf die Sicherstellung der wissenschaftlichen Qualität einer Digitalagentur genommen werden. Der wissenschaftliche Beirat, aber auch die

¹³⁸ Dazu *Allmendinger/Kohlmann*, Datenverfügbarkeit und Datenzugang am Forschungsdatenzentrum der Bundesagentur für Arbeit im Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, in: Allgemeines Statistisches Archiv 88 (2005), 159 ff.

gemeinsame Berufung von Professorinnen und Professoren mit Hochschulen leisten hier einen wichtigen Beitrag. Neben dem Jülicher Modell könnte hier auch über den Einsatz des Berliner Modells oder des Karlsruher Modells nachgedacht werden.¹³⁹

b) Umweltbundesamt

aa) Organisatorische Ausgestaltung

Das UBA wurde 1974 als selbstständige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministers des Inneren (heute im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit) durch das Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes errichtet.¹⁴⁰ Es hat heute seinen Sitz in Dessau und beschäftigt rund 1.500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an 13 Standorten.¹⁴¹ Die Behörde ist in fünf thematisch abgegrenzte Fachbereiche unterteilt und wird von einem Präsidium, bestehend aus Präsidentin und einem Vizepräsidenten geleitet.¹⁴²

bb) Aufgaben

Aufgrund des Errichtungsgesetzes hat das UBA folgende Aufgaben:

- Wissenschaftliche Unterstützung des Bundesumweltministeriums in allen Umweltfragen sowie bei der Erforschung und Entwicklung von geeigneten Maßnahmen des Ministeriums (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UABG)
- Prüfung und Untersuchung von Verfahren und Einrichtungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UABG)
- Aufbau und Führung des Informationssystems zur Umweltplanung sowie einer zentralen Umweltdokumentation (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UABG)
- Messung der großräumigen Luftbelastung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UABG)
- Aufklärung der Öffentlichkeit in Umweltfragen (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UABG)
- Bereitstellung zentraler Dienste und Hilfen für die Ressortforschung und für die Koordinierung der Umweltforschung des Bundes (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UABG)
- Unterstützung bei Umweltverträglichkeitsprüfungen von Maßnahmen des Bundes (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UABG)
- Wissenschaftliche Forschung zur Erfüllung der Aufgaben des UBA (§ 2 Abs. 2 UABG)

¹³⁹ Beim Berliner Modell erfolgt die Vergütung der gemeinsam berufenen Professorinnen und Professoren, die als einen Teil ihrer Dienstaufgaben die Arbeit am Forschungsinstitut zugewiesen bekommen, durch die berufende Hochschule. Das Forschungsinstitut ersetzt der berufenden Hochschule einen Teil der Bezüge einschließlich der Beihilfen und des Versorgungszuschlags. Beim Karlsruher Modell wird die Professorin oder der Professor vollumfänglich von der berufenden Hochschule bezahlt, die Leitung des Forschungsinstituts wird als Nebentätigkeit genehmigt, für die vom Forschungsinstitut eine gesonderte Vergütung gezahlt wird.

¹⁴⁰ Gesetz über die Errichtung eines Umweltbundesamtes vom 22.7.1974 (BGBl. I S. 1505), zuletzt geändert durch Artikel 89 der Verordnung vom 31.8.2015 (BGBl. I S. 1474).

¹⁴¹ Zur Entwicklung des UBA dessen Festschrift *Umweltbundesamt, 1974-2014 – 40 Jahre Umweltbundesamt*, 2015, abrufbar unter <http://www.uba.de/40jahre>.

¹⁴² Organigramm des Umweltbundesamtes, Stand 14.11.2017.

Daneben können dem UBA durch Gesetz bzw. Verordnung weitere Aufgaben zur Erledigung in eigener Zuständigkeit nach § 2 Abs. 3 UABG übertragen werden. Die Übertragung kann dabei nicht nur im Hinblick auf Tätigkeiten aus dem Geschäftsbereich des Bundesumweltministeriums erfolgen, sondern auch aus anderen Ressorts, die dann insoweit auch ein Weisungsrecht gegenüber dem UBA behalten (§ 3 UABG).

Das UBA ist neben seinen originären Aufgaben auf nationaler Ebene auch Ansprechpartner für internationale Organisationen im Umweltfragen.

cc) Kompetenzen

Das UBA ist in erster Linie eine wissenschaftliche Einrichtung, die, wenn auch dem Bundesumweltministerium zugeordnet, für die gesamte Bundesregierung Umweltforschung betreibt sowie Informationen zusammenstellt und der Bundesregierung aber auch der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt. Da die damit einhergehende Tätigkeit regelmäßig keine staatlichen Eingriffe erfordert, enthält das UBAG insoweit auch neben der allgemeinen Aufgabenzuweisung an das UBA keine eigenständigen Eingriffsbefugnisse.

Nur soweit dem UBA der Vollzug weiterer Gesetze – beispielsweise in Teilen des Treibhaus-Emissionshandelsgesetzes (TEHG)¹⁴³ – übertragen wurde, finden sich dann im jeweiligen Spezialgesetz solche Ermächtigungsgrundlagen.¹⁴⁴

dd) Bewertung

Auch das UBA hat als eine Kernaufgabe die wissenschaftliche Forschung. Im Gegensatz zum IAB können dem UBA aber auch Rechtsdurchsetzungsaufgaben zugewiesen werden, wovon durch spezialgesetzliche Regelungen vereinzelt Gebrauch gemacht worden ist. Dieser Aspekt könnte auch bei der Ausgestaltung einer Digitalagentur Eingang finden, indem in einem entsprechenden Errichtungsgesetz die Möglichkeit zur Zuweisung weiterer Aufgaben durch oder aufgrund Gesetzes vorgesehen wird. Ebenso wie beim UBA könnte auch erwogen werden, eine Digitalagentur zwar dem Geschäftsbereich des BMWi zuzuordnen, gleichwohl aber auch die Übertragung von Aufgaben aus anderen Geschäftsbereichen zu ermöglichen – etwa im Bereich Verbraucherschutz –, die dann weiterhin der entsprechenden Ressortweisungskompetenz unterliegen.

c) Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung

aa) Organisatorische Ausgestaltung

Das Bundesinstitut für Bau-, Stadt und Raumforschung (BBSR) ist ein Forschungsinstitut des Bundesamts für Bauwesen und Raumordnung (BBR). Dieses ist seinerseits eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesumweltministeriums. Grundlage für die

¹⁴³ Treibhaus-Emissionshandelsgesetz v. 21.7.2011 (BGBl. I S. 1475), zuletzt geändert durch Artikel 11 Abs. 12 des Gesetzes v. 18.7.2017 (BGBl. I S. 2745).

¹⁴⁴ § 19 Abs. 1 Nr. 3 TEHG.

Errichtung des BBR ist das Gesetz über die Errichtung eines Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung.¹⁴⁵ Das BBSR muss nach § 2 Abs. 4 S. 4 BABauRaumOG räumlich, organisatorisch und personell vom BBR getrennt sein, soweit es Forschungsdaten verarbeitet.

bb) Aufgaben

Das BBSR betreibt in erster Linie Ressortforschung für das Bundesumweltministerium (§ 2 Abs. 4 BABauRaumOG). Es ist aber darüber hinaus allgemein für Forschung, Informationserhebung und -analyse in den Bereichen Städtebau, Raumentwicklung sowie Wohnungswesen zuständig. Das BBSR erfüllt diese Aufgaben neben der Veröffentlichung von Einzelexpertisen insbesondere durch regelmäßige Berichte zur Raumentwicklung und zum Wohnungswesen.¹⁴⁶

cc) Kompetenzen

Das BBSR verfügt über keine Eingriffsbefugnisse. Auch spezielle Datenverarbeitungsregelungen gibt es für das BBSR – soweit ersichtlich – nicht, so dass sich seine Tätigkeit grundsätzlich nach dem BDSG richtet.¹⁴⁷ Eine spezifische Regelung findet sich nur in § 2 Abs. 4 S. 2 BABauRaumOG, wonach das Statistische Bundesamt und die Statistischen Landesämter Daten an das BBSR übermitteln dürfen.

dd) Bewertung

Das BBSR ist ein klassisches Ressortforschungsinstitut.¹⁴⁸ Beachtung verdienen insoweit aber die Berichte des Instituts zur Raumentwicklung und zum Wohnungswesen. Sie könnten als Vorbild für eine Digitalagentur dienen, die auch die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen der Digitalisierung und Vernetzung in Form von regelmäßigen Struktur- und Entwicklungsberichten untersucht und die Ergebnisse der Politik, aber insbesondere auch der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt.

¹⁴⁵ Gesetz über die Errichtung eines Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung (Artikel 1 des Gesetzes über die Errichtung eines Bundesamtes für Bauwesen und Raumordnung sowie zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften) vom 15.12.1997 (BGBl. I S. 2902), zuletzt geändert durch Artikel 34 der Verordnung vom 31.8.2015 (BGBl. I S. 1474) – BABauRaumOG.

¹⁴⁶ Abrufbar unter http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/AnalysenBauStadtRaum/analysen_node.html.

¹⁴⁷ Die Erhebung von personenbezogenen Daten ist daher nach § 13 Abs. 1 BDSG (ab 1. Mai 2018 nach § 6 Abs. 1 DSGVO) insbesondere zur Erfüllung der Aufgaben des BBSR zulässig.

¹⁴⁸ Zur Aufgabe der Ressortforschung siehe die Informationen der Arbeitsgemeinschaft der Ressortforschungseinrichtungen, abrufbar unter https://www.ressortforschung.de/de/ueber_uns/leitlinien/index.htm.

d) Deutsche Energie-Agentur

aa) Organisatorische Ausgestaltung

Die dena ist im Jahr 2000 gegründet worden und als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem GmbHG in privatrechtlicher Form organisiert. Gesellschafter waren zwischenzeitlich die Bundesrepublik Deutschland sowie die Deutsche Bank, die DZ Bank und die Allianz SE als private Investoren. Im Juli 2017 wurde allerdings zwischen Bund und privaten Gesellschaftern vereinbart, dass der Bund rückwirkend zum 1. Januar 2017 sämtliche Anteile an der dena übernimmt. Damit handelt es sich aktuell bei der dena um ein öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform.

bb) Aufgaben

Gegenstand des Unternehmens dena ist nach dem Beteiligungsbericht des Bundes der Betrieb einer bundesweit und international tätigen Einrichtung zur Förderung rationeller und umweltschonender Energiegewinnung, -umwandlung und -nutzung, einschließlich erneuerbarer Energien.¹⁴⁹ Die dena hat als zentrale Aufgabe, einen Beitrag zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung zu leisten.¹⁵⁰ Die dena ist insbesondere im Bereich der Beratung und Information in den Verbrauchssektoren Gebäude, Strom und Verkehr tätig. Zudem beschäftigt sie sich mit Fragen der Energieerzeugung, Speicherung, Vernetzung und Digitalisierung der Energiewirtschaft.

cc) Kompetenzen

Als privat organisiertes Unternehmen verfügt die dena über keine hoheitlichen Eingriffsbefugnisse. Sie arbeitet vielmehr privatwirtschaftlich auf Projektbasis und ist hierbei kostendeckungsorientiert.¹⁵¹ Die Zuwendungsquote durch die öffentliche Hand lag dabei im Geschäftsjahr 2016 bei 43,1%.¹⁵² Der Rest der Einnahmen stammt aus privaten Projekten bzw. sonstigen Einnahmen.

dd) Bewertung

Die dena ist ein Instrument zur Begleitung der Energiewende. Sie unterscheidet sich von den übrigen dargestellten Institutionen insbesondere dadurch, dass sie privatrechtlich organisiert ist. Dies ermöglicht nicht nur die Beteiligung privater Gesellschafter an dem Unternehmen, sondern schafft insbesondere auch finanziell eine höhere Flexibilität als sie öffentliche Einrichtungen haben. Ob eine Beteiligung privater Gesellschafter an einer möglichen Digitalagentur erforderlich ist, hängt stark von den ihr zu übertragenden Aufgaben ab. Jedenfalls wenn die Digitalagentur auch mit hoheitlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattet werden soll, ist eine privatrechtliche Organisationsform nur dann gangbar,

¹⁴⁹ BMF, Die Beteiligungen des Bundes – Beteiligungsbericht des Bundes 2016, S. 76.

¹⁵⁰ Hierzu sowie zum Folgenden <https://www.dena.de/ueber-die-dena/>.

¹⁵¹ BMF, Die Beteiligungen des Bundes – Beteiligungsbericht des Bundes 2016, S. 76.

¹⁵² BMF, Die Beteiligungen des Bundes – Beteiligungsbericht des Bundes 2016, S. 76.

wenn zugleich eine Beleihung der juristischen Person des Privatrechts mit hoheitlichen Befugnissen erfolgen würde.

3. Regelungsbedarf für die Errichtung einer Digitalagentur

a) Errichtungskompetenz

aa) Fakultative Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 GG

Grundsätzlich kommt dem Staat bei der Einrichtung neuer Institutionen sowohl ein Organisationsformwahlrecht als auch ein Handlungsformwahlrecht zu.¹⁵³ Er kann also insbesondere zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen einerseits und der Gründung privatrechtlicher Gesellschaften andererseits wählen.

Etwas anderes gilt zum einen dann, wenn einer Institution im Bereich der Ordnungs- bzw. Eingriffsverwaltung auch Rechtsdurchsetzungsbefugnisse zukommen sollen. In diesem Fall scheidet eine privatrechtliche Organisationsform regelmäßig aus; es sei denn, dass mit ihrer Errichtung ein entsprechender Beleihungsakt verbunden wird.¹⁵⁴ Eine privatrechtliche Organisationsform für die Digitalagentur käme daher nur dann in Betracht, wenn sie ausschließlich im Bereich der Leistungsverwaltung tätig wäre oder wenn ihr spezifische hoheitliche Befugnisse im Wege der Beleihung übertragen würden.

Eine privatrechtliche Organisationsform ist zum anderen auch dann ausgeschlossen, wenn es eine Organisationsnorm für die Einrichtung neuer Institutionen gibt, die dem entgegensteht.¹⁵⁵ Eine solche Norm findet sich potenziell im Hinblick auf die Gründung einer Digitalagentur in Art. 87 Abs. 3 GG, der die fakultative Bundesverwaltung für Angelegenheiten der Bundeskompetenz regelt.¹⁵⁶ Die Vorschrift findet nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sowohl für die gesetzesgebundene als auch für die gesetzesfreie Verwaltung Anwendung.¹⁵⁷ Selbst wenn die Tätigkeit einer möglichen Digitalagentur daher in manchen Bereichen – etwa dem Forschungsbereich – nicht gesetzesgebunden erfolgen würde, müssten nach dieser Rechtsprechung die Vorgaben des Art. 87 Abs. 3 GG bei der Errichtung der Agentur beachtet werden.

(1) Aus formeller Sicht bedarf die Errichtung einer neuen Organisationseinheit auf Grundlage von Art. 87 Abs. 3 GG eines Bundesgesetzes. Mangels ausdrücklicher Anordnung ist für ein solches Bundesgesetz eine Zustimmung des Bundesrates nicht erforderlich.

¹⁵³ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rn. 25.

¹⁵⁴ Dazu Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 21 Rn. 17.

¹⁵⁵ Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 3 Rn. 25.

¹⁵⁶ Umstritten ist, ob die Norm auch die Befugnis des Bundes zur Gründung privatrechtlicher Institutionen mit exekutiver Funktion begrenzt. In diesem Sinne Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 70; a.A. Ibler, in: Maunz/Dürig, GG, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 262. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit bietet es sich daher an, vorrangig über die Errichtung der Digitalagentur in öffentlich-rechtlicher Form nachzudenken.

¹⁵⁷ BVerfGE 12, 205 = BeckRS 1961, 00387 Rn. 162 ff.

(2) Erste materielle Voraussetzung des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG ist, dass die Digitalagentur in einem Bereich tätig würde, für den dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit zusteht. Da eine Digitalagentur schwerpunktmäßig Aufgaben im Zusammenhang mit der Digitalisierung und der Vernetzung der Wirtschaft wahrnehmen soll, spricht hier viel dafür, eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Nr. 11 GG zu bejahen. Hierfür steht dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG zu, d.h. eine bundesgesetzliche Regelung muss zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich sein.¹⁵⁸ Angesichts der umfassenden Bedeutung von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft und den damit einhergehenden weitgehenden Veränderungen ist es kaum zweifelhaft, dass diese Voraussetzungen im konkreten Fall einer Digitalagentur vorlägen.

(3) Darüber fordert das Bundesverfassungsgericht, dass selbstständige Bundesoberbehörden nur für Aufgaben errichtet werden können, „die der Sache nach für das ganze Bundesgebiet von einer Oberbehörde ohne Mittel- und Unterbau und ohne Inanspruchnahme von Verwaltungsbehörden der Länder – außer für reine Amtshilfe – wahrgenommen werden können.“¹⁵⁹ Die Aufgabe muss also ihrem Wesen nach nur zentral erfüllt werden können.¹⁶⁰ Auch dies ist im Falle einer Digitalagentur, die sich umfassend den Ursachen und Wirkungen der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft widmen soll, zu bejahen.

(4) Soweit ersichtlich nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist, ob Art. 87 Abs. 3 GG nur eine Errichtungskompetenz für neue Institutionen schafft oder ob im Rahmen des Errichtungsgesetzes auch Aufgaben und Kompetenzen einer solchen Institution geregelt werden dürfen.¹⁶¹ Nach wohl überwiegender und zustimmungswürdiger Ansicht ist die gemeinsame Regelung von Errichtung, Aufgabenzuweisung und Kompetenzeinräumung aber zulässig.¹⁶² Betrachtet man die oben dargestellten Einrichtungen, so lässt sich feststellen, dass sowohl im Gesetz zur Errichtung des UBA als auch im Gesetz zur Errichtung des BBR nicht nur deren Errichtung an sich, sondern auch die Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen geregelt wird. Insofern spricht viel dafür, dass auch ein Gesetz zur Errichtung einer Digitalagentur Regelungen zu Aufgaben und Befugnissen einer Digitalagentur enthalten könnte – und aus Gründen der Übersichtlichkeit auch enthalten sollte.

¹⁵⁸ Zum Erfordernis, dass auch die Voraussetzungen für die konkrete Gesetzgebungskompetenz des Bundes vorliegen *Sachs*, in: *Sachs, Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 61. Nicht hingegen unterliegt die Errichtungskompetenz des Art. 87 Abs. 3 GG an sich einem solchen Erforderlichkeitsvorbehalt. Dazu BVerfGE 14, 197 = BeckRS 1962, 103778 Rn. 1.

¹⁵⁹ BVerfGE 14, 197 = BeckRS 1962, 103778 Rn. 1.

¹⁶⁰ *Ibler*, in: *Maunz/Dürig, GG*, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 245.

¹⁶¹ *Ibler*, in: *Maunz/Dürig, GG*, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 248.

¹⁶² *Sachs*, in: *Sachs, Grundgesetz*, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 72; *Ibler*, in: *Maunz/Dürig, GG*, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 248.

bb) Zwischenergebnis

Der Bund könnte durch Bundesgesetz, das nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, eine Digitalagentur errichten. Die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 GG lägen insoweit vor. Hierbei stehen dem Bund grundsätzlich die in Art. 87 Abs. 3 GG genannten Organisationsformen zur Verfügung. Denkbar ist demnach sowohl die Errichtung der Digitalagentur als selbstständige Bundesoberbehörde und damit in unmittelbarer Bundesverwaltung. Möglich ist aber auch die Errichtung einer Anstalt des Öffentlichen Rechts oder einer bundesunmittelbaren Körperschaft des Öffentlichen Rechts und damit in mittelbarer Bundesverwaltung. Die Gründung einer privatrechtlichen Gesellschaft wäre jedenfalls dann nicht allein zielführend, wenn einer Digitalagentur ggf. sofort oder in Zukunft auch Rechtsdurchsetzungsbefugnisse eingeräumt werden sollen.

b) Organisatorische Ausgestaltung

Als zulässige öffentlich-rechtliche Organisationsformen sieht Art. 87 Abs. 3 GG entweder die Einrichtung einer selbstständigen Bundesoberbehörde oder die Gründung einer Anstalt des Öffentlichen Rechts bzw. einer bundesunmittelbaren Körperschaft des Öffentlichen Rechts vor.

aa) Selbstständige Bundesoberbehörde

Eine selbstständige Bundesoberbehörde i.S.d. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht über eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, sondern vielmehr dem Geschäftsbereich eines Bundesministeriums zugeordnet ist. Im Falle einer Digitalagentur folgt aus der Inanspruchnahme des Art. 87 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 74 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) als Kompetenznorm zur Errichtung, dass die Behörde dem Geschäftsbereich des BMWi zuzuordnen wäre. Dies schließt, wie das Beispiel des UBA zeigt, nicht aus, dass auch andere Ministerien grundsätzlich Aufgaben auf die Digitalagentur übertragen und dabei ein entsprechendes Weisungsrecht behalten könnten.

Aus der gesonderten Nennung des Begriffs „selbständig“ in Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG folgt nicht, dass die Behörde in einem weisungsfreien, ministerialfreien Raum stünde. Vielmehr kommt damit nur zum Ausdruck, dass es einer fachlichen, personellen und organisatorischen Ausgliederung aus dem zuständigen Ministerium bedarf.¹⁶³ Regelmäßig ist bei Bundesoberbehörden kein eigener Verwaltungsunterbau zulässig, wie sich aus der Regelung des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG ergibt.¹⁶⁴

Eine Herausforderung, die sich bei der Einrichtung einer Digitalagentur als Bundesoberbehörde ergeben könnte, ist die Gewinnung von qualifiziertem Personal aus

¹⁶³ *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 66; *Ibler*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 253.

¹⁶⁴ *Sachs*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 65; *Ibler*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 249.

dem IT-Sektor, die dem öffentlichen Dienst zunehmend Schwierigkeiten bereiten kann.¹⁶⁵ Dies betrifft sowohl den Bereich der Wissenschaft als auch der sonstigen potenziellen Tätigkeitsbereiche einer Digitalagentur, da insbesondere in technikaffinen Feldern ein Wettbewerb mit privaten Arbeitgebern um die besten Köpfe besteht. Im Hinblick auf die Gewinnung von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern könnten die auch beim IAB praktizierten gemeinsamen Berufungen mit Hochschulen ein Vorbild sein. Wie sich dort zeigt, ist die Verbindung von praktischer Tätigkeit mit der Anbindung an eine Hochschule und die damit gegebene Möglichkeit, eine Professur zu erlangen, durchaus attraktiv für Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler. Sofern bei der Vergütungsgestaltung eine höhere Flexibilität erforderlich sein sollte, sind auch das Karlsruher Modell bzw. das Berliner Modell näher zu betrachten. Insbesondere das Karlsruher Modell ermöglicht es, neben der Hochschulposition im Rahmen einer Nebentätigkeitsgenehmigung noch einen Anstellungsvertrag mit einem Forschungsinstitut abzuschließen.

Auch außerhalb des Bereichs der wissenschaftlichen Leitungsebene lässt das Beamtenrecht inzwischen aber ein höheres Maß an Flexibilität zu.¹⁶⁶ Neben der Möglichkeit, Leistungszulagen bzw. einen Personalgewinnungszuschlag nach dem Bundesbesoldungsgesetz einzusetzen, hat insbesondere das Laufbahnprinzip eine weitreichende Flexibilisierung erfahren, um die Mobilität zwischen dem privaten und dem öffentlichen Sektor zu erhöhen.¹⁶⁷ Insgesamt sollte daher allein aufgrund der möglichen Begrenzungen des öffentlichen Dienstrechts die Gründung einer Digitalagentur als Bundesoberbehörde nicht von vorneherein ausgeschlossen werden.

bb) Körperschaft des Öffentlichen Rechts

Körperschaften des Öffentlichen Rechts sind im Gegensatz zu Bundesoberbehörden mit Rechtsfähigkeit ausgestattet. Körperschaften sind damit rechtlich selbstständig im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung tätig. Die Aufführung des Begriffs „bundesunmittelbar“ in Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG bedeutet nicht, dass von diesem Prinzip abgewichen würde, sondern soll nur zum Ausdruck bringen, dass Körperschaften, die auf Grundlage von Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG errichtet werden, unter der Aufsicht des Bundes stehen.¹⁶⁸ Je nach Ausgestaltung kann die Aufsicht hierbei – anders als bei Bundesoberbehörden – auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt werden.

¹⁶⁵ So schon *Bull*, Regierungskommission NRW Zukunft des Öffentlichen Dienst – Öffentlicher Dienst der Zukunft, 2003, abrufbar unter <http://www.regierungskommission.nrw.de/ber/1.htm>.

¹⁶⁶ Dazu *Voßkuhle*, Personal – der Steuerungsfaktor Personal im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band III, 2. Aufl. 2013, § 43 Rn. 61.

¹⁶⁷ *Voßkuhle*, Personal – der Steuerungsfaktor Personal im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band III, 2. Aufl. 2013, § 43 Rn. 61, der hier insbesondere auf die Möglichkeit verweist, nach § 20 BBG in ein höheres als das Eingangsamt eingestellt zu werden, soweit eine besondere Qualifikation in der Person des Bewerbers oder der Bewerberin vorliegt.

¹⁶⁸ *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 86 Rn. 15.

Das Wesensmerkmal von Körperschaften ist, dass sie mitgliedschaftlich organisiert sind. Grundsätzlich kann man dabei zwischen Personenkörperschaften und Gebietskörperschaften unterscheiden. Körperschaften finden sich insbesondere bei Selbstverwaltungsangelegenheiten im wirtschaftlichen Bereich in Gestalt der Kammern, im Bereich der Sozialversicherung und im Hochschulbereich in Gestalt der Universitäten.

Für eine Digitalagentur scheint die Wahl der Organisationsform einer Körperschaft nicht vorrangig passgenau zu sein. So ist im Hinblick auf die mitgliedschaftliche Ausgestaltung von Körperschaften nicht offensichtlich, wie sich die Mitgliedschaft einer solchen Körperschaft zusammensetzen würde. Insbesondere lässt es Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu, auch die Länder an der Verwaltungstätigkeit zu beteiligen, soweit dies über eine reine Amtshilfe hinausgeht.¹⁶⁹

cc) Anstalt des Öffentlichen Rechts

Anstalten des Öffentlichen Rechts sind ebenfalls selbstständige Verwaltungseinheiten mit regelmäßig eigener Rechtspersönlichkeit.¹⁷⁰ Sie verfügen über eigenes Personal sowie einen eigenen Haushalt. Anstalten können ihre Angelegenheiten eigenverantwortlich regeln, wozu insbesondere auch die Satzungsautonomie zählt. Dies bedingt es auch, dass Anstalten des Öffentlichen Rechts ebenso wie Körperschaften nur einer Rechtsaufsicht durch die Errichtungskörperschaft, nicht aber einer Fachaufsicht unterliegen müssen.¹⁷¹

Anstalten sind zwar öffentlich-rechtlich organisiert, können aber auch privatrechtlich handeln, bieten also in dieser Hinsicht ein hohes Maß an Flexibilität.¹⁷² Allerdings erbringen Anstalten regelmäßig Leistungen, haben also Benutzer, die entweder Dienstleistungen der Anstalt oder Einrichtungen der Anstalt in Anspruch nehmen.¹⁷³ Hier wäre im Einzelfall zu prüfen, wie ein solches Benutzungsverhältnis bei einer Digitalagentur ausgestaltet sein könnte, insbesondere welche Benutzer sie hätte und welche Leistungen diese Benutzer in Anspruch nehmen könnten. Eine Orientierung könnte dabei das Bundesinstitut für Risikobewertung (BfR) bieten, das im Jahr 2002 als Anstalt des Öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft gegründet wurde,¹⁷⁴ um die Bundesregierung in allen Fragen der Lebensmittelsicherheit und des gesundheitlichen Verbraucherschutzes zu beraten. Bei seiner

¹⁶⁹ BVerfGE 110, 33 (45).

¹⁷⁰ Zu den nichtrechtsfähigen Anstalten *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 23 Rn. 48.

¹⁷¹ *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 23 Rn. 51.

¹⁷² *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 23 Rn. 53.

¹⁷³ *Groß*, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, 2. Aufl. 2012, § 13 Rn. 45.

¹⁷⁴ BfR-Gesetz vom 6.8.2002 (BGBl. I S. 3082), zuletzt geändert durch § 44 Absatz 1 des Gesetzes vom 22.5.2013 (BGBl. I S. 1324).

Errichtung wurde als Grund für die Wahl der Organisationsform einer Anstalt des Öffentlichen Rechts die damit verbundene höhere Selbstständigkeit ausdrücklich genannt.¹⁷⁵

dd) Zwischenergebnis

Grundsätzlich steht dem Bund die Organisationsgewalt zu, eine Digitalagentur sowohl in unmittelbarer Bundesverwaltung in Gestalt einer selbstständigen Bundesoberbehörde als auch in mittelbarer Bundesverwaltung als Anstalt des Öffentlichen Rechts bzw. als bundesunmittelbare Körperschaft des Öffentlichen Rechts zu errichten. Ausgehend von der konzeptionellen Idee für Bundesoberbehörden, Bundesministerien von Aufgaben zu entlasten, die speziellen Sachverstand erfordern, und so eine behördliche Spezialisierung auf bestimmte Aufgaben zu ermöglichen,¹⁷⁶ spricht viel dafür, eine Digitalagentur als selbstständige Bundesoberbehörde im Zuständigkeitsbereich des BMWi auszugestalten.

Ebenso ist es aber denkbar, eine Digitalagentur als Anstalt des Öffentlichen Rechts zu errichten. Gegenüber einer Bundesoberbehörde wäre die Digitalagentur hierbei mit höherer fachlicher, personeller und organisatorischer Unabhängigkeit ausgestattet. Sollte der Gesetzgeber diesen Weg präferieren, wäre eine Orientierung am Bundesinstitut für Risikobewertung denkbar, das als wissenschaftliches Forschungsinstitut für Fragen der Lebensmittelsicherheit und des gesundheitlichen Verbraucherschutzes gegründet worden ist.¹⁷⁷

c) Aufgabenzuweisung

Gemeinsam mit den Regelungen zur Errichtung einer Digitalagentur können auch Regelungen über die Aufgaben einer solchen Einrichtung getroffen werden.¹⁷⁸ Mit einer Aufgabenzuweisung geht zunächst einmal nur die Befugnis der Institution einher, in den zugewiesenen Bereichen tätig zu werden. Getrennt hiervon ist zu untersuchen, welche Kompetenzen einer Digitalagentur zur Erfüllung ihrer Aufgaben eingeräumt werden müssten. Ausgehend von den unter B II. benannten, durch die Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft hervorgerufenen, staatlichen Handlungsbedarfen könnten der Digitalagentur folgende Aufgaben zugewiesen werden:

aa) Förderung der Breitbandnachfrage und Förderkoordination des Ausbaus

Die Digitalagentur sollte die allgemeine Aufgabe zugewiesen bekommen, durch Information und ggf. eigene Förderprogramme die Nachfrage nach Netzen mit sehr hoher Kapazität zu steigern. Auf diese Weise könnten zum einen Investitionsanreize für den Ausbau solcher Infrastrukturen gestärkt werden. Zum anderen könnte auf der Nachfrageseite eine

¹⁷⁵ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 211/02, S. 2.

¹⁷⁶ *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 252.

¹⁷⁷ BfR-Gesetz vom 6.8.2002 (BGBl. I S. 3082), zuletzt geändert durch § 44 Absatz 1 des Gesetzes vom 22.5.2013 (BGBl. I S. 1324).

¹⁷⁸ *Sachs*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 72; *Ibler*, in: Maunz/Dürig, GG, 80. EL Juni 2017, Art. 87 Rn. 248.

schnellere Digitalisierung vorangetrieben werden, die erhebliche gesamtwirtschaftliche Wachstumspotenziale verspricht.¹⁷⁹

Daneben könnte die Digitalagentur die Aufgabe der Koordination von Breitbandförderprogrammen über die verschiedenen föderalen Ebenen hinweg erhalten. Ggf. könnte hierzu auch das Breitbandbüro des Bundes in eine Digitalagentur eingebracht werden, die dann zugleich auch die nationale Ansprechstelle im Netzwerk der Europäischen Breitbandbüros wäre.

bb) Sektorenübergreifende Information und Koordination von Digitalisierungsprogrammen

Um dem sektorenübergreifenden Ansatz einer Digitalagentur gerecht zu werden, sollte ihr auch die Aufgabe zugewiesen werden, über Digitalisierungspotenziale in den Anwenderbranchen durch Informationstätigkeiten zu informieren und entsprechende Förderprogramme entweder selbst ins Leben zu rufen oder vorhandene Förderprogramme zu koordinieren, um eine möglichst effiziente und effektive Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft zu ermöglichen.

cc) Monitoring und Koordination von Digitaexperimentierräumen

Sofern in Fachgesetzen die Einrichtung von Digitaexperimentierräumen zugelassen würde, könnte der Digitalagentur die Aufgaben zugewiesen werden, zum einen die Einrichtung von Experimentierräumen mit den jeweils zuständigen Fachbehörden zu koordinieren bzw. die Einrichtung konkreter Experimentierräume zu prüfen und vorzuschlagen. Neben dieser Koordinationsaufgabe wäre es aus verfahrensökonomischen Gründen auch erwägenswert, der Digitalagentur das Monitoring über Experimentierräume und die Veröffentlichung entsprechender Monitoringberichte zuzuweisen. Damit könnten eine systematische Evaluation von Experimentierräumen einerseits und eine Vereinfachung für die Betroffenen andererseits erreicht werden, die nur noch einen Ansprechpartner hätten, der ihre Tätigkeit in dem Experimentierraum überwacht.

dd) Empirie und Analyse von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft

Im Bereich der wissenschaftlichen Forschung sollte der Digitalagentur durch eine Generalklausel zum einen die Aufgabe der wissenschaftlichen Erforschung von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft sowie deren mikro-, meso- und makroökonomischer Auswirkungen zugewiesen werden. Zum anderen könnte die Digitalagentur auch die Evaluation von Regulierungs- und Fördermaßnahmen übernehmen. Aus kompetenziellen Gründen wäre hier zunächst nur die Evaluation entsprechender Maßnahmen des Bundes verpflichtend möglich.

¹⁷⁹ Bertschek/Briglauer/Hüschelrath/Krämer/Frübing/Kesler/Saam, Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft, 2016, S. 150 f.

Als weitere Aufgabe sollte für die Digitalagentur zudem festgelegt werden, dass sie auch als Forschungsdatenzentrum fungiert und in dieser Funktion anderen Forschungseinrichtungen zu nicht-kommerziellen Zwecken ihre Daten zur Verfügung stellt.

ee) Rechtsdurchsetzung

Zum derzeitigen Zeitpunkt steht ein konkreter Handlungsbedarf im Bereich der Rechtsdurchsetzung, insbesondere im Verbraucherschutzrecht nicht zweifelsfrei fest. Sollte sich allerdings zeigen, dass es zu systematischen Rechtsdurchsetzungsdefiziten in der digitalen Wirtschaft kommt, könnten der Digitalagentur entsprechende Durchsetzungsbefugnisse eingeräumt werden. Hierbei ist auch zu erwägen, ob nicht bereits bei der Errichtung der Digitalagentur gesetzlich vorgesehen wird, dass solche Aufgaben durch eine Rechtsverordnung der Bundesregierung auf die Agentur übertragen werden können, sofern ein entsprechender Handlungsbedarf in der Zukunft festgestellt wird. Zuständigkeitsinteressen anderer Ressorts sowie ggf. der Bundesländer könnten dadurch gewahrt werden, dass eine entsprechende Verordnung nur mit deren Zustimmung erlassen werden kann.

d) Kompetenzen

Die Zuweisung von Aufgaben an die Digitalagentur ist nur insoweit ausreichend, soweit mit der Tätigkeit der Agentur keine Eingriffe in Rechte von Bürgerinnen und Bürgern bzw. Unternehmen einhergehen. Insbesondere im Hinblick auf die Zuweisung von Informationsaufgaben ist vor diesem Hintergrund nicht zwingend eine zusätzliche Befugnisnorm erforderlich. Die oben skizzierten möglichen Aufgaben der Digitalagentur lassen jedoch eine gesetzliche Spezifizierung ihrer Befugnisse im Hinblick auf folgende mögliche Tätigkeiten als sinnvoll erscheinen.

aa) Datenerhebung und -verarbeitung

Soweit die Behörde für ihre Arbeit – insbesondere auch im wissenschaftlichen Bereich – Daten mit Personenbezug erhebt, sollte hierfür ebenso wie für deren Verarbeitung und Speicherung eine entsprechende spezialgesetzliche Regelung geschaffen werden, um Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen. Insbesondere könnte in diesem Zusammenhang auch eine Auskunftspflicht normiert werden. Dies ist nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO grundsätzlich auch nach dem Inkrafttreten der DGSVO zulässig.

Auch soweit es um nicht personenbezogene Daten geht, wäre es sinnvoll, wenn die Digitalagentur für ihre Arbeit relevante Informationen bei privaten Stellen, insbesondere bei Unternehmen abfragen könnte bzw. wenn eine entsprechende Meldepflicht eingeführt würde, die dann weiter zu konkretisieren wäre.

bb) Einheitlicher Ansprechpartner für Digitalexperimentierräume

Im Hinblick auf das Monitoring und die Koordination von Experimentierräumen ist zu erwägen, ob die Digitalagentur hierbei nicht Aufgaben eines Einheitlichen Ansprechpartners

übernimmt, wie er aus der Dienstleistungs-Richtlinie¹⁸⁰ bzw. deren Umsetzung¹⁸¹ bekannt ist. Dadurch wird nicht das bestehende Kompetenzgefüge verändert. Die Digitalagentur würde vielmehr ein One-Stop-Shop im Hinblick auf die Nutzung von Digitalexperimentierräumen werden. Hierzu bedürfte es nicht der Zuordnung materieller Befugnisse, sondern entsprechender verfahrensrechtlicher Regelungen, durch die die Digitalagentur zum Einheitlichen Ansprechpartner für Experimentierräume erklärt wird und durch die sie etwa zur Entgegennahme von Erklärungen für die jeweils sachlich zuständigen Fachbehörden berechtigt wird.

cc) Berichtswesen

Neben der anlassbezogenen Informationstätigkeit und der Publikation der Forschungsergebnisse könnte der Behörde auch die Pflicht auferlegt werden, regelmäßig einen Struktur- und Entwicklungsbericht zur Digitalisierung der Wirtschaft und deren gesamtwirtschaftlichen Implikationen zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung eines entsprechenden Berichts bedürfte zwar keiner ausdrücklichen Befugnisnorm. Es ist jedoch zu erwägen, ob der Berichterstattung nicht eine höhere Bedeutung verliehen werden sollte, indem entsprechend den Regelungen zu den Hauptgutachten der Monopolkommission in § 44 Abs. 3 GWB der Bericht der Bundesregierung vorzulegen ist, die hierzu Stellung nehmen und den Bericht dem Bundestag vorlegen muss.¹⁸²

dd) Eingriffsbefugnisse

Sofern man zu dem Ergebnis kommt, dass Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft zu systematischen Rechtsdurchsetzungsproblemen führen, die innerhalb des bestehenden Systems der privaten Rechtsdurchsetzung nicht bewerkstelligt werden können, müssten der Behörde neben den entsprechenden Aufgabenzuweisungen auch Eingriffsbefugnisse eingeräumt werden. Ansatzpunkte hierfür finden sich im Weißbuch Digitale Plattformen.¹⁸³ Dabei muss nicht nur materiell, sondern auch verfahrensmäßig die Komplementarität zu den bestehenden Befugnissen von BNetzA und BKartA sichergestellt werden. Denkbar ist es dabei, dass ebenso wie im Hinblick auf die Aufgabenzuweisung auch hinsichtlich möglicher Eingriffsbefugnisse der Digitalagentur eine Verordnungsermächtigung in das Errichtungsgesetz aufgenommen wird, um für weitere Entwicklungen offen zu bleiben,

¹⁸⁰ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36.

¹⁸¹ Auf Bundesebene insbesondere §§ 71a ff. VwVfG.

¹⁸² So eine Forderung auch des Rats für Sozial- und Wirtschaftsdaten für das Berichtswesen öffentlicher Stellen insgesamt *Tiemann/Wagner*, Die wissenschaftliche Politikberatung der Bundesregierung neu organisieren, Working Paper Series of the German Data Forum (RatSWD) 2013, Nr. 220.

¹⁸³ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 65.

sofern etwa künftig die Notwendigkeit einer stärkeren Regulierung von Plattformen festgestellt werden sollte.¹⁸⁴

e) Koordination mit bestehenden Institutionen

Es wurde bereits oben unter B I. ausgeführt, dass die bestehenden Institutionen – hier insbesondere die BNetzA, das BKartA und das BSI – bei der fortschreitenden Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft auch künftige wichtige Aufgaben wahrnehmen werden. Im Rahmen ihrer jeweiligen Tätigkeit erlangen sie Informationen – etwa das BKartA durch Sektorenuntersuchungen – die auch für die Tätigkeit einer Digitalagentur von Bedeutung sein können. Umgekehrt können sich aus der Tätigkeit der Digitalagentur, insbesondere auch aus deren wissenschaftlichen Bereich Informationen und Erkenntnisse ergeben, die für die Tätigkeit der genannten anderen Institutionen relevant sind. Hier ist verfahrensmäßig sicherzustellen, dass es zu einem regelmäßigen Informationsaustausch kommt.

Inwieweit jenseits eines Informationsaustauschs ein weiteres Koordinationsbedürfnis in Bezug auf die Tätigkeit der Digitalagentur mit anderen Behörden besteht, hängt entscheidend davon ab, inwieweit die Behörde auch Rechtsdurchsetzungsbefugnisse erhalten soll. Sofern eine solche Übertragung – etwa im Bereich des Verbraucherschutzes oder wie im Weißbuch Digitale Plattformen angeregt im Wettbewerbsrecht¹⁸⁵ – erfolgt, ist unbedingt verfahrensmäßig sicherzustellen, dass es nicht zu widersprüchlichen Entscheidungen kommt. Dies könnte durch die Schaffung eines wechselseitigen Benehmens- oder sogar Einvernehmenserfordernis geschehen.

Neben der Koordination auf nationaler Ebene könnte die Digitalagentur auch als Ansprechpartner für Digitalisierungsfragen auf internationaler Ebene dienen. Es zeigt sich, dass auch in anderen Staaten über die Einrichtung entsprechender Digitalisierungsinstitutionen nachgedacht wird.¹⁸⁶ Konkret könnte die Digitalagentur dabei im Bereich Breitbandausbau auch die Aufgaben des Breitbandbüros des Bundes auf europäischer Ebene wahrnehmen.

¹⁸⁴ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 63 f.

¹⁸⁵ BMWi, Weißbuch Digitale Plattformen – Digitale Ordnungspolitik für Wachstum, Innovation, Wettbewerb und Teilhabe, 2017, S. 63 f.

¹⁸⁶ So etwa aktuell in Österreich <http://orf.at/stories/2416118/2416127/>.

C Zusammenfassung

1. Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft sind keine Selbstläufer. Ihr Erfolg hängt vielmehr auch davon ab, dass eine angemessene staatliche Begleitung erfolgt. Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft verlangen daher nicht nur nach einer Überprüfung des materiellen Ordnungsrahmens, sondern schaffen neue Herausforderungen auch für den bestehenden institutionellen Ordnungsrahmen.
2. Ein institutioneller Ordnungsrahmen für die Digitale Wirtschaft muss zum einen durch transparente Verfahren und eindeutige Kompetenzverteilungen dazu beitragen, dass die Wachstums- und Innovationspotenziale von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft möglichst umfassend ausgeschöpft werden und zugleich mögliche Gefahren weitgehend minimiert werden. Zum anderen muss der institutionelle Ordnungsrahmen Kohärenz im Verhältnis zu existierenden Behörden gewährleisten und sektorenübergreifend ausgestaltet sein, um der Bedeutung der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft als Querschnittsmaterie Rechnung zu tragen.
3. Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt werden bei der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft auch künftig wichtige Aufgaben übernehmen. Die sektorspezifische Telekommunikationsregulierung der Bundesnetzagentur setzt zentrale Rahmenbedingungen für den Breitbandausbau und funktionsfähigen Wettbewerb im Telekommunikationssektor. Die Sicherstellung des Wettbewerbs durch das Bundeskartellamt ist in der digitalen Ökonomie mit ihren oftmals monopolistischen oder oligopolistischen Plattformmärkten ebenfalls von zentraler Bedeutung, um die Wachstums- und Innovationspotenziale von Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft ausschöpfen zu können.
4. Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft schaffen aber auch neue Aufgaben und Aufgabenkategorien, die keiner der existierenden Behörden zugeordnet sind und daher ein Bedürfnis nach einem neuen institutionellen Arrangement begründen.
5. Eine wichtige neue Aufgabe ist eine verstärkte Förderung der Nachfrage nach Zugängen zu Netzen mit sehr hoher Kapazität. Eine solche Förderung kann in Form von Informations- und Aufklärungskampagnen über den Nutzen solcher Zugänge erfolgen. Sie kann aber auch durch direkte Nachfrageanreize vorgenommen werden. Ein Beispiel hierfür sind „Gigabit-Voucher“.
6. Durch das Zusammenwachsen von IKT-Branche und Anwenderbranchen wird es zunehmend bedeutsam, Informations- und direkte Fördermaßnahmen sektorenübergreifend zu koordinieren und Informationen hierüber zentral bereitzustellen.
7. Innovative digitale Produkte und Geschäftsmodelle können durch das bestehende hohe Schutzniveau, insbesondere in den Bereichen Verbraucherschutz und Datenschutz behindert werden. Zugleich muss sichergestellt werden, dass Verbraucherinnen und Verbraucher auch

bei solchen innovativen Produkten und Geschäftsmodellen angemessen geschützt werden. Hier ist die Einrichtung von Digitalexperimentierräumen in den jeweiligen Fachgesetzen zu überprüfen, durch die einzelne Regelungen für einen bestimmten Personenkreis, der hierüber vorab informiert worden ist und einwilligt, für eine bestimmte Zeit suspendiert werden. Die Einrichtung, Überwachung und Koordination solcher Experimentierräume sollte zentral durch eine Stelle erfolgen, um die Bürokratiekosten für interessierte Unternehmen möglichst gering zu halten.

8. Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft schaffen neue Herausforderungen, zu deren Bewältigung es vielfach der Generierung neuen Verfügungs- und Orientierungswissens bedarf. Hier ist die Einrichtung einer zentralen Forschungseinrichtung, die neben eigener Forschung auch ein Forschungsdatenzentrum betreibt, dringend notwendig, um stärker evidenzbasiert entscheiden zu können. Dabei ist organisatorisch zu gewährleisten, dass durch einen engen Austausch mit anderen Forschungseinrichtungen die Forschungsqualität sichergestellt wird.

9. Ob systematische und dauerhafte Rechtsdurchsetzungsdefizite insbesondere im Verbraucherschutzrecht bestehen, die zu irreversiblen Schäden für Verbraucherinnen und Verbraucher führen und daher eine stärker hoheitliche Rechtsdurchsetzung erforderlich machen, lässt sich derzeit nicht abschließend beurteilen. Soweit allerdings entsprechende Defizite empirisch festgestellt werden, ist eine stärker behördliche Rechtsdurchsetzung in Erwägung zu ziehen.

10. Die existierenden Behörden sind für die skizzierten Aufgaben der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft nicht per se prädestiniert. Angesichts des Querschnittscharakters der Aufgaben kann hier die Errichtung einer Digitalagentur, der die neuen Aufgaben im Zusammenhang mit der Digitalisierung und Vernetzung der Wirtschaft zugewiesen werden, Abhilfe schaffen.

11. Die Errichtung einer Digitalagentur und eine stärkere Koordination der Digitalpolitik auf Kabinettschene der Bundesregierung stehen dabei nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, sondern sind komplementär zueinander zu denken.

12. Die Errichtung einer Digitalagentur kann in Form einer selbstständigen Bundesoberbehörde oder einer Anstalt des Öffentlichen Rechts erfolgen. Die Errichtung als Körperschaft des Öffentlichen Rechts oder als privatrechtliche Gesellschaft wären zwar grundsätzlich ebenfalls möglich, sind aber nicht vorrangig zu verfolgen.

13. In einem Errichtungsgesetz für eine Digitalagentur sollten neben der Errichtung selbst auch grundlegende organisatorische Fragen sowie die Aufgaben und Befugnisse der Digitalagentur geregelt werden.

14. Um für zukünftige Entwicklungen – etwa im Bereich der Rechtsdurchsetzung im Verbraucherschutzrecht – gewappnet zu sein, sollte eine Regelung im Errichtungsgesetz getroffen werden, aufgrund derer der Digitalagentur ggf. durch eine Rechtsverordnung der

Bundesregierung bei einem entsprechenden künftigen Bedarf weitere Aufgaben und Befugnisse übertragen werden können.

15. Das Errichtungsgesetz für eine Digitalagentur sollte auch den Informationsaustausch mit anderen Stellen regeln.

16. Soweit der Digitalagentur wettbewerbs- oder Verbraucherschutzrechtliche Eingriffsbefugnisse übertragen werden, muss ihre Komplementarität zu den Aufgaben und Befugnissen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur nicht nur materiell, sondern auch verfahrensrechtlich sichergestellt werden.

17. Neben der Koordinatorenrolle auf nationaler Ebene könnte die Digitalagentur auch die Funktion als Ansprechpartner für Digitalisierungsfragen auf internationaler Ebene übernehmen.